المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
كلية الشريعة - قسم الفقه

أحكام لزوم العقد

بحث مقدم لنيل العالمية العالية (الدكتوراه)

إعداد الباحث
عبدالرحمن بن عثمان بن راشد الجلعود

إشراف فضيلة الشيخ الدكتور
محمد بن محمد المختار بن محمد

المجلد الأول

عام ١٤٢٠ هـ

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
كلية الشريعة - قسم الفقه

أحكام لزوم العقد

بحث مقدم لنيل العالمية العالية (الدكتوراه)

إعداد الباحث
عبدالرحمن بن عثمان بن راشد الجلعود

إشراف فضيلة الشيخ الدكتور
محمد بن محمد المختار بن محمد

المجلد الأول

عام ١٤٢٠ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

وتشتمل على ما يلي :

أولاً :الاستفتاح.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع

ثالثاً:خطة البحث .

رابعاً:منهج البحث.

خامساً:صعوبات البحث.

سادساً:شكر و تقدير.

الحمد لله واسع العطاء والجود، أمر المؤمنين بالوفاء بالعقود، أحمده وأشكره وهو الكريم الودود، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الملك المعبود، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صاحب المقام المحمود، والحوض المورود، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً متعاقباً إلى اليوم المشهود.

أما بعد:

فإن شريعة الإسلام، جاءت خاتمة لجميع الرسالات السماوية، فكانت مشتملة لجميع مناحي الحياة، حائزة للأسباب التي تمكنها من البقاء، ففيها القواعد، و الضوابط التي لا تتغير بمرور الأزمنة، وتفاوت الأمكنة، فحددت للناس النهج الصحيح، والمسلك القويم، فبهذه الشريعة الغراء، تصلح النفوس، وتنتظم المعاملات، وتقوم الحياة على خير سبيل.

ولقد أولت هذه الشريعة (العقود) اهتماماً بالغاً؛لما لها من أهمية في حياة الناس، فبالعقود تقضى مصالحهم، وتدار شؤونهم، ذلك أن الإنسان لا ينفك عن إبرام عقد من العقود، فجعلت للعقد قواعد تضبطه، ومعايير تحفظه، بها يدرك العاقد ماله من حقوق فيطالب بها، ولا يتجاوزها، وما عليه من التزامات فيؤديها، ولا يمنعها.

والأصل في العقود أن توصف باللزوم، وهذا الأصل ليس مطرداً في جميع العقود، فمنها ما يناسبه اللزوم وهو الأكثر، ومنها ما يناسبه الجواز وهو الأقل؛لعدم حصول ضرر لوصفه بالجواز، ولأن صفة اللزوم في العقد من الصفات الهامة؛إذ بموجبها لا يستطيع العاقد تركه، و فسخه إلا بعد رضا الطرف الآخر.

لهذا فقد اخترت أن يكون موضوع أحكام لزوم العقد لدراستي لنيل درجة العالمية العالية (الدكتوراه)، وقد تلخصت دوافع اختياري في الأسباب التالية:

أسباب اختيار الموضوع

أولاً: أن لزوم العقد مسألة مهمة تترتب عليها الحقوق في أكثر المعاملات ، وهذا بطبيعة الحال يستلزم بيان ضابط اللزوم، وما يترتب عليه من تبعات، وآثار، كما أنه يستلزم بيان الموانع، والسوالب التي تؤثر عليه، الأمر الذي يعين على تصوره، وفهمه، ومعرفة أحكامه، ومسائله بصورة واضحة.

ثانياً: أن جمع شتات مادة اللزوم التي ذكرها العلماء رحمهم الله في أبواب متعددة يتعلق اللزوم فيها بكل باب بحسبه، يعين على إعطاء تصور واضح عن موقف الشريعة الإسلامية من اللزوم في العقود عموماً.

ثالثاً: لم يفرد هذا الموضوع حسب علمي ببحث مستقل، يحدد مفهوم اللزوم، وآثاره، وسوالبه، وموانعه، بالصورة المطلوبة، لذا رأيت من الأهمية بمكان أن تفرد هذه الجزئية ببحث يجمع شتات المادة العلمية المتعلقة بها.

رابعاً: أن في المادة المتعلقة بلزوم العقد مسائل خلافية كثيرة، تحتاج إلى جمع أقوال العلماء رحمهم الله فيها، مع العناية بنسبتها إلى مصادرها، وتوثيقها توثيقاً علمياً، وبيان أدلتهم النقلية، والعقلية، وأوجه دلالتها، وما يرد عليها من ردود، ومناقشات، ثم بيان ما يترجح منها، وفي تعرضي لمثل ذلك فائدة عظيمة كما لا يخفى.

ونظراً لهذه الأسباب رأيت اختيار هذا الموضوع، ودراسته.

خطة البحث

يتكون البحث من مقدمة، و تمهيد، و ثلاثة أبواب، وخاتمة.

التمهيد: وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف اللزوم، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف اللزوم.

المطلب الثاني: تعريف الالتزام، والفرق بينه، وبين اللزوم.

المبحث الثاني: تعريف العقد، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف العقد في الاصطلاح.

المبحث الثالث: تعريف لزوم العقد.

المبحث الرابع: أقسام العقود، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: أقسام العقود من حيث الصحة، وعدمها.

المطلب الثاني: أقسام العقود من حيث اللزوم، وعدمه.

المطلب الثالث: أقسام العقود من حيث النفاذ، وعدمه.

المبحث الثاني :الجائحة،وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول :تعريف الجائحة،ومشروعيتها.

المطلب الثاني :حكم،وضع الجائحة.

المطلب الثالث:المقدار الذي توضع فيه الجائحة.

المطلب الرابع:العقود التي تتأثر بالجائحة.

المطلب الخامس :أثر الجائحة في سلب لزوم العقد.

المبحث الثالث :العذر الطارئ،وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول :تعريف العذر الطارئ.

المطلب الثاني :مشروعية وضع العذر الطارئ.

المطلب الثالث :حكم العذر الطارئ إذا ورد على العقد.

المطلب الرابع: العقود التي تتأثر بالعذر الطارئ .

المطلب الخامس:أثر العذر الطارئ في سلب لزوم العقد.

المبحث الرابع:الرجوع في العقد،وفيه مطلبان:

المطلب الأول:رجوع أحد الوالدين في الهبة.

المطلب الثاني:رجوع المرتهن في قبض الرهن.

الخاتمة :وقد اشتملت على أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال بحثي.

الفهارس .

منهج البحث

اتبعت في بحثي المنهج التالي:

أولاً :جمعت ما ورد في هذا الموضوع،حسب الإمكان من نصوص الكتاب،والسنة، وكتب أهل العلم رحمهم الله.

ثانياً :عزوت الآيات القرآنية بذكر اسم السورة،ورقم الآية المستشهد بها.

ثالثاً:قمت بتخريج الأحاديث النبوية من مصادرها، فإن كان الحديث في الصحيحين، أو أحدهما اكتفيت بعزوه إليهما، أو إلى أحدهما، وإن كان في غيرهما قمت بتخريجه من مصدره في كتب السنة، ثم بينت صحته، وضعفه بالرجوع إلى أهل الاختصاص في ذلك.

رابعاً:إذا كانت المسألة من المسائل المتفق عليها، فإني أذكر نصاً ممن أورد إجماع العلماء رحمهم الله عليها، وأشير في الهامش إلى مواطن المسألة من كتب أهل العلم، وربما ذكرت الأدلة التي استند إليها الإجماع، وبعض نصوص أهل العلم رحمهم الله حول المسألة.

خامساً:إذا كانت المسألة من المسائل المختلف فيها، فإني أذكر أقوال أهل العلم رحمهم الله فيها، مبتدئاً بالقول الراجح، وبعد ذكر الأقوال في المسألة، أبين أدلة كل قول، مع العناية بوجه الدلالة ثم أقوم بذكر القول الراجح مع بيان سبب الترجيح، وقد التزمت ببيان نصوص أهل المذاهب الأربعة رحمهم الله، وربما أشير إلى مذهب الظاهرية رحمهم الله، وأقوال السلف من الصحابة رضي الله عنهم، وغيرهم في بعض المسائل، أما إذا كان الخلاف خلافاً مذهبياً فإني لا أعتني بذكره، ما لم يكن هناك مذهب يوافق هذا الخلاف، وله دليل.

سادساً:وثقت الأقوال من الكتب المعتمدة عند كل مذهب، مورداً نصاً واحداً منها، يؤيد ما ذكرته عنهم من هذا القول، كما أشير إلى أكثر من مرجع في الهامش.

سابعاً:اعتنيت بشرح الكلمات اللغوية، والاصطلاحية بالرجوع إلى كتب اللغة، والمصطلحات العلمية، وفي التعريفات الفقهية الاصطلاحية اكتفيت بتعريف الحنابلة رحمهم الله، مع الإشارة في الهامش إلى مواضع التعريف عند المذاهب الأخرى، فإذا لم أعثر على تعريف للحنابلة رحمهم الله قمت بذكر تعريف غيرهم.

ثامناً:ترجمت لجميع الأعلام الذين ورد ذكرهم في الرسالة، ما عدا صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم رضي الله عنهم، والأئمة الأربعة رحمهم الله.

تاسعاً:اعتنيت بوضع الفهارس العامة، المشتملة على فهرس الآيات، والأحاديث، والأعلام، والكلمات المُعَرَّفة، والمراجع، والمصادر، والموضوعات.

صعوبات البحث

من أهم الصعوبات التي واجهتني خلال البحث ما يلي:

أولاً:أن عبارات العلماء رحمهم الله تنص على أحكام اللزوم في بعض العقود، وأكثر ما يكون ذلك في البيع، وقد لا يعتنون بالنص على تلك الأحكام في غيره؛اكتفاءً بأن البيع أصل لغيره من عقود المعاوضات، وحينئذ يصعب وجود نص صريح في بعض العقود، مما دفعني إلى

[illegible] ـد آخر، مما يصح إلحاقه به، ويلاحظ ذلك بارزاً في شروط

[illegible]

[illegible] ثانيا [illegible] البحث في أبواب مختلفة، وجزئياته مبثوثة في بطون الكتب، مما يدفع إلى ال [illegible] ـطان كثيرة، إضافة إلى أنني لم أتناوله على مذهب واحد، بل على المذاهب الأر [illegible] ع ذكر غيرها في بعض المسائل، مما يتطلب جهداً كبيراً في البحث عن المادة في مظانها في كتب المذاهب على اختلافها.

ثالثاً: أن المنهج الذي سلكته من حيث الالتزام بإيراد نص منقول من كلام أهل العلم رحمهم الله يدل على ما أذكره من مسائل، أوقعني في كثير من العناء، من حيث البحث عن نص صريح لا يحتمل التأويل، واختيار العبارات المختصرة، أو اختصار المطول منها ما أمكن.

رابعاً: عدم وجود دراسات متخصصة يمكن من خلالها الاستفادة من نتائج باحثيها، وتناول الموضوع بشكل أوسع.

وختاماً فإني أحمد الله عز وجل، وأشكره على ما أنعم به عليّ من إتمام هذا الموضوع، فهو سبحانه صاحب المنّة، والفضل، وأسأله أن يتقبل مني هذا العمل، وأن يوفقني لحسن القصد، وإصابة الحق، فما كان في هذا البحث من صواب فمن الله، وهو المانّ به سبحانه، وما كان فيه من خطأ، فأستغفر الله منه.

وصلى الله، وسلم على نبينا محمد، وعلى آله، وصحبه، ومن تبعهم إلى يوم الدين.

شكر وتقدير

فإني أحمد الله سبحانه على ما منَّ بهِ عليّ من إتمام هذا البحث، وأسأله أن يمدني بعونه، وأن يوفقني لشكره، وحسن عبادته، وانطلاقاً من أمر الله تعالى بشكر من له الفضل، فإني أشكر والديّ - حفظهما الله - فقد كانا لي نعم العون بعد الله سبحانه، وتعالى في طلبي للعلم، وتحصيلي له، فجزاهما الله عني خير الجزاء، وأسأله سبحانه أن يسدد خطاهما، ويسبل عليهما لباس الصحة، والعافية، ويطيل عمرهما، ويحسن عملهما.

كما أقدم شكري الجزيل لشيخي الفاضل الدكتور/ محمد بن محمد المختار بن محمد، فقد كان المربي لي، والمشرف عليّ في هذا البحث، فأعطاني من وقته الكثير، واهتم بهذا البحث غاية الاهتمام، وملكني بتواضعه، ونبل أخلاقه، مما جعلني أستفيد منه العلم، والأدب، طيلة سيري في هذا البحث، وأسأل الله أن يمنحه أجراً جزيلاً، وأن يرفع قدره، ويعلي مكانته.

كما أشكر القائمين على الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، خاصة كلية الشريعة، وقسم الفقه فيها على ما بذلوا من جهد، وذللوا من صعاب للعلم، وطلابه، سائلاً المولى سبحانه أن يضاعف لهم الأجر، والمثوبة.

كما لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتوجه بالشكر لكل من أفادني، وأعانني على إتمام هذه الرسالة، وإخراجها على هذا الوجه، إما بإعارة كتاب، أو إبداء ملحوظة، أو إسداء فائدة، أو تذليل عقبة، أو تصويب خطأ سائلاً الله تعالى لهم التوفيق، والسداد .

التمهيد

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول:تعريف اللزوم.

المبحث الثاني:تعريف العقد.

المبحث الثالث:تعريف لزوم العقد.

المبحث الرابع:أقسام العقد.

المبحث الخامس:عناية الفقهاء بمصطلح اللزوم.

المبحث الأول

تعريف اللزوم والالتزام .

يشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول:تعريف اللزوم .

المطلب الثاني:تعريف الالتزام،والفرق بينه وبين اللزوم .

المطلب الأول

تعريف اللزوم

ويشتمل هذا المطلب على مقصدين:

المقصد الأول:تعريف اللزوم في اللغة.

المقصد الثاني: تعريف اللزوم في الاصطلاح.

المقصد الأول

(تعريف اللزوم في اللغة)

اللزوم في اللغة: مأخوذ من لَزِم، يقال: لَزِم الشيء يَلْزَمه، لُزوماً، وألْزَمته الشيء فالتزمه[١]، فلزم تدل على مصاحبة الشيء للشيء دائماً[٢]، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا ﴾ [الفرقان:٧٧]أي:فسوف يكون تكذيبكم لزاماً لكم؛يعني مقتضياً لهلاككم، وعذابكم، ودماركم في الدنيا، والآخرة[٣]، وقُرِيء (لَزَاما) بفتح اللام، فاللّزام بالكسر مصدر لازم، لِزاماً؛مثل:خاصم خصامًا، واللَّزام بالفتح مصدر لَزِم، مثل سَلِم سَلاماً أي:سلامة، فاللزام بالفتح اللزوم، واللزام الملازمة[٤]، وقوله تعالى: ﴿ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ لَكَانَ لِزَامًا وَأَجَلٌ مُّسَمًّى ﴾ [طه:١٢٩]أي لكان العذاب لازما لهم[٥]، ويقال:رجل لزمة، أي يلزم الشيء، فلا يفارقه، كما يقال:(لأضربنك ضربة تكون لزام) أي ضربة يذكر بها، فتكون لزاما، أي لازمة.[٦]

وقد يأتي اللزوم بمعنى الفصل في القضية، وهو مضاد للمعنى الأول؛لأن الفصل في القضية يقتضي إبعاد الأشياء بعضها عن بعض، والملازمة للشيء، والدوام عليه يقتضي اتصال الأشياء بعضها ببعض، وعلى هذا الوجه يكون اللزوم من الأضداد.[٧]

وعلى معنى الفصل فسر ابن مسعود، وأبي بن كعب، رضي الله عنهما قوله تعالى: ﴿ فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا ﴾ [الفرقان:٧٧]بأنه ما نزل بهم يوم بدر ؛فإنه كان

---

(١)الصحاح للجوهري ٢٠٢٩/٥، لسان العرب لابن منظور ٥٤١/١٢، المصباح المنير للفيومي ٢١١.

(٢)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٤٥/٥.

(٣)تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١٤٣/٦ .

(٤)الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨٦/١٣ .

(٥)المصدر السابق ٢٦٠/١١ .

(٦)لسان العرب لابن منظور ٥٤٢/١٢ .

(٧)لسان العرب لابن منظور ٥٤٢/١٢، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٢٤٨/٤.

فيصلاً بين المؤمنين،والكافرين.[١]

ومن خلال هذا العرض لمعنى (لزم) يتبين أن المعنى الأول الذي يدل على الملازمة للشيء والدوام عليه هو الذي يناسب لزوم العقد؛لأن المقصود من لزوم العقد أن يستمر العاقدان على ما أبرماه من التعاقد،فلا يتم الفسخ بإرادة أحدهما،دون الآخر.

---

(١)الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨٦/١٣ ،تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١٤٣/٦ .

المقصد الثاني

(تعريف اللزوم في الاصطلاح)

لا يختلف معنى اللزوم في اصطلاح الفقهاء رحمهم الله عن المعنى اللغوي، فكما أن معنى اللزوم في اللغة هو الملازمة للشيء، والدوام عليه، فكذلك يقصد منه هنا ملازمة العقد للعاقد، وعدم الانفكاك عنه، إلا أن المعنى الاصطلاحي أخص؛ لتعلقه بالعقود، بخلاف اللغوي العام الذي يدل على عموم الإلزام سواء كان في العقود، أو في غيرها، كما أن في المعنى الاصطلاحي زيادة اشتراط الرضا؛ ولذا فإن الفقهاء رحمهم الله حينما يذكرون اللزوم في العقد يصرحون بأنه لا يحق لأحد الطرفين أن يفسخ العقد إلا برضا من الطرف الثاني .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي[١] رحمه الله: [والعقد اللازم: لا يحتمل الفسخ][٢] اهـ

وقال رحمه الله في عقد الشركة: [عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ][٣] اهـ

وقال الإمام زين الدين بن نجيم الحنفي[٤] رحمه الله: [اللازم: ما لا يقبل الفسخ من أحدهما بدون رضا الآخر][٥] اهـ

---

(١)هو الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني؛ نسبة إلى كاسان بلدة وراء الشاش، تفقه على محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، وقرأ عليه معظم تصانيفه، وقد زوجه ابنته فاطمة الفقيهة، قدم حلب ،وتولى تدريس الحلاوية بها، توفي رحمه الله سنة ٥٨٧ هـ. (الجواهر المضية للقرشي ٢٥/٤ تاج التراجم للسودوني ٣٢٧).

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٥/٢٩٩ .

(٣)المرجع السابق ٧٧/٦ .

(٤)هو الإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، اشتغل بالعلم ،ودأب عليه منذ صغره، فأفتى ودرس، فتفقه، وانتفع به خلق كثير، توفي رحمه الله في رجب سنة ٩٧٠هـ . (شذرات الذهب لابن العماد ٣٥٨/٨، الأعلام للزركلي٣/٦٤).

(٥)البحر الرائق لابن نجيم ٢٩/٦ .

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي[(١)] رحمه الله في عقد الإجارة: [عقد لازم من الطرفين ليس لأحد المتعاقدين فسخه، مع إمكان استيفاء المنافع المعقود عليها][(٢)] اهـ

وقال الإمام أبو عمر يوسف بن عبد البر المالكي[(٣)] رحمه الله: [وعقد المساقاة لازم للمتعاقدين، وليس لأحدهما فسخه؛ إلا برضى صاحبه][(٤)] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي[(٥)] الشافعي رحمه الله في الإجارة: [إذا تم العقد لزم، ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب][(٦)] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن علي بن محمد الماوردي الشافعي،[(٧)] رحمه الله في الشركة: [فيصير عقد الشركة من العقود الجائزة، دون العقود اللازمة، فإذا فسخ أحدهما الشركة انفسخت؛ لأن العقود الجائزة لكل واحد من المتعاقدين فسخها][(٨)] اهـ

---

(١)هو القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر التغلبي العراقي، أحد أئمة المالكية، أقام ببغداد دهراً، ثم خرج منها لمصر، قال الإمام أبو بكر الخطيب رحمه الله: [لم تر المالكية أفقه منه] اهـ، توفي رحمه الله بمصر سنة ٤٢٢ هـ (البداية والنهاية لابن كثير ٣٢/١٢، سير أعلام النبلاء للذهبي ٤٢٩/١٧).

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٩١/٢، التلقين للقاضي عبد الوهاب ٣٩٩ .

(٣)هو الإمام أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري الأندلسي القرطبي، ولد سنة ٣٦٨هـ، و كان رحمه الله فقيهاً، حافظاً، عالماً بالقراءات، وبالخلاف، وبعلوم الحديث والرجال، توفي رحمه الله سنة ٤٦٣هـ (البداية والنهاية لابن كثير١٠٤/١٢، سير أعلام النبلاء للذهبي ١٥٣/١٨، دول الإسلام للذهبي ٢٧٣/١).

(٤)الكافي لابن عبد البر ٧٦٧/٢ .

(٥)هو الإمام جمال الدين أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، ولد سنة ٣٩٣هـ وكان يضرب به المثل في فصاحته، وقوة مناظرته، وقد امتدحه الشعراء في حياته وبعد مماته، توفي رحمه الله ببغداد سنة ٤٧٦ هـ.(البداية والنهاية لابن كثير ١٢٤/١٢، سير أعلام النبلاء للذهبي ٤٥٢/١٨ ودول الإسلام للذهبي ٧/٢).

(٦)المهذب للشيرازي ٤٠٧/١ .

(٧)هو الإمام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، ولي قضاء بلاد كثيرة، ودرس بالبصرة، وبغداد، كان حليمًا، وقوراً، أديباً، شيخاً للشافعية في عصره، توفي رحمه الله سنة ٤٥٠هـ (البداية والنهاية لابن كثير ٨٠/١٢، سير أعلام النبلاء للذهبي ٦٤/١٨).

(٨)الحاوي الكبير للماوردي ٤٨٤/٦ .

وقال الإمام محمد بن بهادر الزركشي[١] الشافعي رحمه الله: [اللازم: ما لا يقبل الفسخ، أو لا يمكن الغير إبطاله، والجائز عكسه][٢] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي[٣] رحمه الله: [والإجارة عقد لازم من الطرفين، ليس لواحد منهما فسخها][٤] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي[٥] الحنبلي رحمه الله: [والإجارة عقد لازم من الطرفين، ليس لأحد منهما فسخها بلا موجب][٦] اهـ

فقد عبروا رحمهم الله بمصطلح اللازم الذي هو اسم فاعل من مادة لزم وقصدوا منه معنى واحدا، وهو ما لا يمكن فسخه من أحد طرفي العقد بدون رضا الطرف الآخر، وقد اتفقت جميع النقول المتقدمة على هذا، وقد أضاف الإمام محمد بن بهادر الزركشي الشافعي رحمه الله عبارة أخرى وهي قوله: (أو لا يمكن الغير إبطاله) وهي بمعنى ما نص عليه جميعهم، إلا أن هذه الجملة فيها شيء من العموم من جهة أن الغير يشمل المتعاقدين وغيرهما، وعبارة الجمهور خاصة بالمتعاقدين، إلا أن عبارات الجمهور وردت في العقود اللازمة للطرفين، وهي بطبيعة الحال لا يرتفع فيها اللزوم إلا برضاهما معا، أما عبارة الإمام الزركشي رحمه الله فإنها عبرت عن اللزوم بصفة عامة سواء كان متعلقا بالطرفين أو أحدهما؛ ولذلك جاء لفظ الغير عاما، لكي لا يختص التعريف باللازم من الطرفين دون اللازم

(١)هو الإمام أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، ولد سنة ٧٤٥ هـ، رحل إلى حلب، وسمع الحديث بدمشق، وغيرها، ولي القضاء بالشام، توفي رحمه الله سنة ٧٩٤ هـ بالقاهرة . (الدرر الكامنة لابن حجر ٣٩٧/٣، شذرات الذهب لابن العماد ٣٣٥/٦).

(٢)المنثور في القواعد للزركشي ٣٠٤/٢ .

(٣)هو الإمام أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الدمشقي، ولد في جماعيل من قرى نابلس بفلسطين سنة ٥٤١ هـ، تعلم في دمشق، ورحل إلى بغداد، ثم عاد إلى دمشق، وتوفي رحمه الله فيها سنة ٦٢٠هـ يوم الفطر، وحضر جنازته خلق كثير. (البداية والنهاية لابن كثير ٩٩/١٣ شذرات الذهب لابن العماد ٨٨/٥، فوات الوفيات للكتبي ١٥٨/٢).

(٤)المغني لابن قدامة ٢٢/٨ .

(٥)هو الشيخ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن البهوتي، شيخ الحنابلة بمصر كان عالما، عاملا، ورعا، متبحرا في العلوم الدينية، صارفا أوقاته في تحرير المسائل الفقهية. توفي رحمه الله يوم الجمعة سنة ١٠٥١هـ بمصر . (خلاصة الأثر للمحبي ٤٢٦/٤).

(٦)شرح منتهى الإدارات ٣٧١/٢ .

لأحدهما، وعليه فإن عبارة الإمام الزركشي رحمه الله تشمل جميع العقود اللازمة، وعبارات الجمهور رحمهم الله مناسبة بمعناها الخاص المتعلق بالعقود اللازمة للطرفين معاً.

وبناء على ذلك يمكننا أن نستخلص تعريف اللزوم بأنه: ما لا يمكن فسخه من أحد المتعاقدين، دون رضا الآخر ما لم يكن لازماً لأحدهما فيختص الحكم به.

فالفسخ هو النقض، والرفع، والإزالة، تقول: فسخت العقد فسخاً، أي رفعته، و فسخت البيع والأمر، أي نقضتهما، وفسخت المفصل عن موضعه، أي أزلته.[1]

وعبر الفقهاء رحمهم الله بالفسخ؛ لأن من عادتهم أن يجعلوه مقابل اللزوم، ويكون مرادهم بالفسخ ارتفاع تأثير الإيجاب، والقبول[2]، وهو يكون لشيء واقع، وبهذا تخرج العقود غير اللازمة، كالجائزة للطرفين مطلقاً؛ كعقد الوديعة، والوكالة، والشركة.

وعبارة "من أحد المتعاقدين": هي قيد يخرج به لو حدث الفسخ منهما جميعاً، فلا يظهر وجه للزوم العقد؛ لأن الحق لهما فإذا أسقطاه فلا إلزام، لكن النزاع، وظهور الإلزام بالعقد يكون عندما يريد أحد العاقدين الفسخ، والآخر لا يريده.

وعبارة " دون رضا الآخر" فيها احتراز عما إذا كان الفسخ برضا المتعاقدين فإنه يوجب زوال اللزوم للعقد.

وعبارة "ما لم يكن لازماً لأحدهما فيختص الحكم به" يقصد بها العقد اللازم لأحد العاقدين، فمن كان اللزوم في جانبه لا يحق له الفسخ دون الطرف الآخر.

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٤٤/٣، المصباح المنير للفيومي ١٨٠ .

(٢) المنثور في القواعد للزركشي ٣٠٤/٢ .

المطلب الثاني

(تعريف الالتزام،والفرق بينه وبين اللزوم)

تعريف الالتزام:

الالتزام في اللغة :معدى بالهمزة من الفعل لزم، فيقال:ألزمته؛أي أثبته، وأدمته، والتزمته؛أي اعتنقته فهو ملتزم.[1]

وفي الاصطلاح:إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له.

أي ما لم يكن واجباً عليه من قبل،وهو بهذا المعنى شامل للبيع، والإجارة، والنكاح، وسائر العقود، واللام في قوله:لازمًا له، بمعنى على.[2]

وهذا التعريف يؤخذ عليه أنه عرف اللزوم بمادته في قوله "إلزام"، ولهذا لو أبدل بلفظ التكليف لكان أنسب فيقال : تكليف الشخص نفسه ما لم يكن واجباً عليه.

الفرق بين اللزوم والالتزام :

هناك فرق بين اللزوم، والالتزام يظهر فيما يأتي :

أولاً :اختلافهما في التعريف فاللزوم:هو الذي لا يمكن فسخه من أحد العاقدين، دون رضا الآخر، وأما الالتزام فإنه: تكليف الشخص نفسه ما لم يكن واجباً عليه، فالأول تتعلق حقيقته بالمتعاقدين، والثاني تتعلق حقيقته بكل عاقد على حدة.

ثانياً :صفة اللزوم في العقد مستمدة من الشارع الحكيم، ولا يستطيع العاقد أن يغير صفة العقد من كونه لازماً إلى كونه جائزاً، أو العكس، أما الالتزام فإنه يأتي من قبل المكلف، فقد يلزم نفسه بالعقد كالبيع[3]، و الإجارة[4]، والنكاح،[5] وغيرها من العقود، وإن لم تكن في الأصل لازمة له، فهو قبل إلزام نفسه بها غير ملزم، لكنه لما ألزم نفسه وجب عليه أن يفي بهذه العقود، فصار ملزماً بما تضمنه من الحقوق .

---

(١)لسان العرب لابن منظور ٥٤١/١٢، المصباح المنير للفيومي ٢١١.

(٢)فتح العلي المالك لمحمد عليش ١٨١/١ .

(٣)ينظر ص ١٦٧.

(٤)ينظر ص ٢٠٣.

(٥)ينظر ص ٢٤٢.

ثالثاً: اللزوم في العقود يبنى على الالتزام، وليس العكس؛ ذلك أن اللزوم لا يحدث إلا إذا كان هناك التزام، فإذا التزم المرء بعقد بيع، أو إجارة، أو نكاح، حصل اللزوم إذا تم ذلك العقد مكتمل الأركان، والشروط .[١]

رابعاً: اللزوم لا يحتاج إلى إثبات بعكس الالتزام، فلو ادعى شخص أن شخصاً التزم له بشيء، فإنه يلزمه أن يثبت ذلك إذا أنكره خصمه.[٢]

أما اللزوم فلا يحتاج إلى إثبات إذا قام سببه، فإذا كان سبب اللزوم، وهو العقد سواء كان بيعاً، أو إجارة، ونحوها ثابتاً؛ فاللزوم لهذه العقود ثابت لا يحتاج إلى إثبات.

هذه بعض الفروق التي يفرق بها بين اللزوم، والإلزام، وبها يتبين اختلاف حقيقتهما، وأنهما ليسا بمعنى واحد، والله أعلم.

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ١/٤٣٨.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/١٤٦.

المبحث الثاني

تعريف العقد

يشتمل على مطلبين :

المطلب الأول:تعريف العقد في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف العقد في الاصطلاح.

المطلب الأول

(تعريف العقد في اللغة)

العقْد :بسكون القاف مصدر استخدم اسماً فجمع[١]، يقال:عَقْد، وعقود، ومنه قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة:١]والعقد :نقيض الحل[٢].

وللعقد في اللغة معانٍ منها:

الأول:الربط، والشد :يقال:عقد الحبل، إذا شدَّه، وربطه، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَمِن شَرِّ ٱلنَّفَّـٰثَـٰتِ فِى ٱلْعُقَدِ ﴾ [الفلق:٤]أي من السواحر اللواتي يعقدن في الخيوط، ويقال:عقد البناء، إذا ألزق بعضه ببعض بالجِّص[٣]، ومنه قولهم:عقد التاج فوق رأسه:إذا عصبه به، فقد أنشد ثعلب[٤] لابن قيس الرُّقيّات[٥]:

يعتقدُ التاجُ فوقَ مَفْرقِه على جبينٍ كأنّه الذهبُ

الثاني:الالتواء:يقال:ظبيةٌ عاقد:إذا كانت تلوي عنقها، والأَعْقَد من التيوس، والظباء الذي في قرنه التواء، والعُقْداء من الشاة هي التي ذنبها كأنه معقود، وكل ملتوي الذنب أعْقَد، ومنه يقال:في لسانه عُقْدة، أو عَقْدٌ، أي التواء، قال تعالى عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام : ﴿ وَٱحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِى ﴾ [طه:٢٧] ويقال:جاء عاقداً عنقه، أي لاوياً لها من الكِبْر.[٦]

---

(١)المفردات في غريب القرآن للأصبهاني ص٥١٠.

(٢)لسان العرب لابن منظور ٢٩٦/٣.

(٣)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٨٩/٤، الصحاح للجوهري ٥١٠/٢، لسان العرب لابن منظور ٢٩٧/٣.

(٤)هو الإمام أبو العباس أحمد بن يحي بن زيد بن يسار الملقب بثعلب ،ولد سنة ٢٠٠هـ، إمام الكوفيين في النحو، واللغة، كان ثقة، حجة، ديناً، صالحاً، توفي رحمه الله سنة ٢٩١هـ .(معجم الأدباء للحموي ٥٥/٢ ، البداية والنهاية لابن كثير ٩٨/١٢).

(٥)هو عبد الله بن قيس بن شريح العامري القرشي، وإنما نسب إلى الرُّقَيّات:لأن جدات له توالين يسمين رقية، وهو أحد الشعراء البارزين، توفي رحمه الله سنة ٧٢هـ .(طبقات فحول الشعراء للجمحي ٦٤٧/٢- ٦٥٥، البداية والنهاية لابن كثير ٣٢٨/٨) .

(٦)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٨٨/٤ ،الصحاح للجوهري ٥١٠/٢ ،لسان العرب لابن منظور ٢٩٧/٣.

وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال:(من عَقَد لحيته، أو تقلّد وترًا، أو استنجى برجيع دابة، أو عظم؛ فإن محمداً صلى الله عليه وسلم منه بريئ).(١)

قيل:هو معالجتها حتى تتعقد، وتتجعد، وقيل: كانوا يعقدونهَا في الحروب فأمرهم بإرسالها وكانوا يفعلون ذلك تكبرًا، وعُجباً(٢)، وقيل: كان من عادة العرب:من له زوجة واحدة عقد في لحيته عقدة صغيرة، ومن كان له زوجتان عقد عقدتين.(٣)

الثالث:التراكم، والاجتماع:ومنه قولهم للأرض الكثيرة الشجر، والنخل:العُقْدة يقال:في أرض بني فلان عُقْدةٌ تكفيهم سنتهم، يعني مكانًا ذا شجر يرعونه.(٤)

الرابع:الاقتناء:يقال اعتقد مالاً، أو أخاً، أو ضيعة، بمعنى اقتنى.(٥)

الخامس:الملازمة:ومنه ما ورد في الحديث عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في الخيل:(الخيل معقودٌ في نواصيها الخير)(٦) أي ملازم لها، كأنه معقود فيها .(٧)

السادس:العزم:يقال:عقد قلبه على الشيء إذا لزمه، ومنه ما ورد عن المصطفى صلى الله عليه وسلم أنه قال:(لآمرنَّ بناقتي تُرحَّل، ثم لا أحل لها عُقْدَةً حتى أقدم المدينة) (٨) أي:لا أحل عزمي حتى أقدمها، قيل:أراد لا أنزل، فأعقلها حتى احتاج إلى حل عقالها، (٩)ومنه قولهم عَقَد ناصيته، إذا غضب، وتهيأ للشر.(١٠)

---

(١)رواه الإمام أحمد في المسند٤/١٠٨،وأبو داود، كتاب الطهارة، باب ما ينهى عنه أن يستنجي به، سنن أبي داود ١/١٠، والنسائي، كتاب الزينة، باب عقد اللحية ٨/١٣٥،قال عنه الشيخ ناصر الدين الألباني في تعليقه على مشكاة المصابيح:إسناده صحيح ،مشكاة المصابيح للتبريزي١/١١٤.

(٢)النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣/٢٧٠ .

(٣)بذل المجهود في حل سنن أبي داود للسهارنفوري ١/٩٣ .

(٤)معجم مقاييس اللغة لا بن فارس ٤/٨٨، الصحاح للجوهري ٢/٥١٠ ،لسان العرب لا بن منظور٣/٢٩٩.

(٥)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٨٦، الصحاح للجوهري ٢/٥١٠، لسان العرب لابن منظور ٣/٢٩٩ .

(٦)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب الخيل معقود في نواصيها ٣/٢١٥، وصحيح مسلم، كتاب الزكاة باب إثم مانع الزكاة ٣/٧٢ .

(٧)لسان العرب لابن منظور ٣/٢٩٨، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣/٢٧١ .

(٨)رواه مسلم، كتاب الحج ،باب الترغيب في سكنى المدينة والصبر على لأوائها، صحيح مسلم ٤/١١٧ .

(٩)النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣/٢٧٠ .

(١٠)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٨٦، الصحاح للجوهري ٢/٥١٠ ،لسان العرب لابن منظور ٣/٢٩٨ .

السابع: الخثر، والغلظة: ومنه سمي اليَعْقيد، وهو عسل يَعقِد حتى يَختُر، ففي الحديث أن أبا موسى الأشعري رضي الله عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن لهم شراباً من العسل يطبخ حتى يعقد ..)[١] الحديث .

الثامن: الغموض: ومنه يقال: عَقّد فلان كلامه، إذا أعماه، وأعوصه .[٢]

التاسع: الوجوب، والإبرام، والإلزام: ومنه عقد البيع، والنكاح، والعهد، فإذا عهدت إلى فلان كذا فالمعنى أنك ألزمته ذلك، وإذا عاقدته، أو عقدت عليه: فالمعنى أنك ألزمته ذلك باستيثاق، وعلى هذا فعقد اليمين، والنكاح، والبيع: هو وجوبه، وإبرامه .[٣]

هذه مجمل المعاني التي ذكرها أهل اللغة لكلمة (عقد)، ويتضح من خلالها أن العقد يستخدم في المحسوسات، والمعنويات، واستعماله في المعنويات من باب الاستعارة [٤] .

قال الإمام أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصبهاني[٥] رحمه الله: [العقد الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة، كعقد الحبل، وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو: عقد البيع، والعهد، وغيرهما][٦] اهـ

وعند النظر في هذه المعاني للعقد فإنه يتبين لنا أن المتصل بموضوع البحث هو معنى الربط: لأن العقد الشرعي يتم فيه الارتباط بين العاقدين: ولذلك راعى العلماء رحمهم الله في تعريفهم الاصطلاحي للعقد هذا المعنى اللغوي بقولهم : ربط أجزاء التصرف شرعاً[٧] وهذا المعنى هو المناسب لموضوع البحث .

---

(١) رواه مسلم، كتاب الأشربة ، باب أن كل مسكر خمر وكل خمر حرام، صحيح مسلم ٦/٩٩ .

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/ ٨٧، الصحاح للجوهري ٢/ ٥١٠، لسان العرب لابن منظور ٣/ ٢٩٨ .

(٧) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/ ٨٦، لسان العرب لابن منظور ٣/ ٢٩٧ .

(٤) الاستعارة هي إدعاء معنى الحقيقة في الشيء للمبالغة في التشبيه مع طرح ذكر المشبه، وهنا الاستعارة تخيلية وهي أن يستعمل مصدر الفعل في معنى غير ذلك المصدر على سبيل التشبيه. التعريفات للجرجاني ٢٠.

(٥) هو الإمام أبو القاسم الحسين بن محمد بن المفضل الأصبهاني، وقيل: هو المفضل بن محمد الملقب بالراغب، كان من أذكياء المتكلمين، .قيل: توفي رحمه الله سنة نيف وخمس مائة . (سير أعلام النبلاء للذهبي ١٨/ ١٢٠، بغية الوعاة للسيوطي ٢/ ٢٩٧).

(٦) المفردات في غريب القرآن للأصهباني ٥١٠.

(٧) ينظر ص٢٩.

المطلب الثاني

(تعريف العقد في الاصطلاح)

للعقد عند الفقهاء رحمهم الله تعالى اصطلاحان:

المصطلح الأول:العقد بالمعنى العام.

المصطلح الثاني:العقد بالمعنى الخاص .

ولكل واحد من الاصطلاحين معنى يختص به،ويتميز به عن الآخر،وبيانهما فيما يلي:

الاصطلاح الأول:(العام):

يذكر الفقهاء العقد بمعناه العام،ويقصدون به شموله لما يلتزمه الإنسان،سواء كان ذلك في العبادات،أو المعاملات،فإذا ذكروا العقد في العبادات فمرادهم به الالتزام الذي يصدر من المرء،سواء كان لله تعالى،أو للمخلوق،وذلك كاليمين، والنذر ونحوهما،فإذا حلف بالله تعالى على فعل أمر،أو تركه؛فقد ألزم نفسه بذلك الأمر،وكذا إذا نذر لله سبحانه و تعالى فعل شيء،أو تركه فإنه ملزم بتنفيذ ما نذر؛ما لم يكن حراما[1]،وكلا هذين الأمرين وهما اليمين،والنذر يعتبرهما الفقهاء عقدا من العقود،وإذا ذكروا العقد في المعاملات؛فإن مرادهم به ما يبرمه المرء من بيع،وشراء،ونحو ذلك .

ولذا يرى كثير من العلماء رحمهم الله أن لفظ العقود في قوله تعالى:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١] لفظ عام يشمل ما عقده المرء على نفسه لله تعالى من الطاعات،أو ما أبرمه من التزامات مع غيره،فقد ذكر الإمام محمد بن أحمد

---

(١)يشهد لذلك الحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من نذر أن يطيع الله فليطعه،ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه) رواه البخاري في كتاب الأيمان والنذور،باب النذر في الطاعة،صحيح البخاري٧/٢٣٣.

القرطبي(١) رحمه الله عن الحسن البصري(٢) رحمه الله عند قول الله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة: ١] قوله: [ما عقده المرء على نفسه من بيع، وشراء، وعتق، وتدبير ... وكذلك ما عقده على نفسه لله تعالى من الطاعات كالحج، والصيام، والاعتكاف، والقيام، والنذر] اهـ

ثم أورد عن الإمام إبراهيم بن محمد الزجاج(٣) رحمه الله نحواً من ذلك، وأعقبه بقوله: [وهذا كله راجع إلى القول بالعموم، وهو الصحيح في الباب](٤) اهـ

فقد جعلوا ما أبرمه المرء على نفسه من البيع، والشراء، أو التزم به لله تعالى من الأيمان، والنذور وغيرها، جعلوه كله مندرجاً تحت مسمى العقد، والآية شاملة له.

وقد استعمل هذا الإطلاق علماء الحنفية رحمهم الله، يشهد لذلك قول الإمام محمد بن محمود الحنفي(٥) رحمه الله حين عرف اليمين بقوله: [عقد قوي به عزم الحالف على الفعل، أو الترك](٦) اهـ

---

(١) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن يحي بن مفرج الأموي مولاهم القرطبي، ولد سنة ٢٨٤هـ ، محدث، فقيه، ولي القضاء في الأندلس، توفي رحمه الله سنة ٣٨٠هـ. (شذرات الذهب لابن العماد ٩٦/٣، نفح الطيب للتلمساني ٢١٠/٢) .

(٢) هو الإمام الحسن بن يسار البصري الأنصاري مولاهم ثقة، فقيه، فاضل، مشهور، قال فيه أنس بن مالك رضي الله عنه: (ما رأت عيناي أفقه من الحسن) اهـ توفي رحمه الله سنة ١١٠ هـ، وقد قارب التسعين. (البداية والنهاية لابن كثير ٢٦٦/٩، تقريب التهذيب لابن حجر ١٦٥/١).

(٣) هو الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن محمد السَّريّ الزجاج البغدادي، ولد سنة ٢٠٩هـ، نحوي زمانه، كان من ندماء المعتضد، عزيزاً عليه، توفي رحمه الله سنة ٣١١هـ (معجم الأدباء للحموي ٨٢/١، سير أعلام النبلاء للذهبي ٣٦٠/١٤).

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٢/٦، ٣٣ .

(٥) هو الإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي الرومي، ولد رحمه الله سنة ٧١٠هـ، وقيل غير ذلك، رحل إلى حلب فمكث فيها مدة، برع في علوم شتى، فهو أصولي، فرضي، مفسر، محدث، فقيه حنفي، كان قوي النفس، عظيم الهمة، مهاباً، عفيفاً، توفي رحمه الله في القاهرة سنة ٧٨٦ هـ (الدر الكامنة لابن حجر ١٨/٥، شذرات الذهب لابن العماد ٢٩٣/٦).

(٦) العناية شرح الهداية للبابرتي ٥٤/٥ .

كما استعمله فقهاء المالكية رحمهم الله، حيث يقول الإمام أبو بكر محمد بن العربي المالكي[١] رحمه الله تعالى : [ربط العقد يكون تارة مع الله، ويكون مع الآدمي تارة][٢] اهـ

ودرج على هذا المصطلح فقهاء الشافعية رحمهم الله، فقد قال الإمام عماد الدين إلكيا الهراس الشافعي[٣] رحمه الله: [والذي هو عقد، أو يسمى عقداً ينقسم إلى: ما كان على المستقبل، وإلى: ما كان على الماضي، أما ما على المستقبل فمثل قول القائل: والله لأفعلن، وأما على الماضي فكقول القائل: والله لقد كان كذا][٤] اهـ

كما أن فقهاء الحنابلة رحمهم الله، ذكروا هذا المصطلح العام للعقد، فهذا شيخ الإسلام أحمد بن تيمية[٥] رحمه الله يدرج النذر، واليمين في العقد حيث يقول: [فالأيمان تضمنت معنى النذر، وهو أن يلتزم لله قربة لزمه الوفاء بها، فهي عقد، وعهد، ومعاهدة لله؛ لأنه التزم لله ما يطلبه الله منه][٦] اهـ

وقال رحمه الله: [.. أو ما وجب بالشرع؛ فإذا نذره العبد، أو عاهد عليه الله، أو بايع عليه الرسول صلى الله عليه وسلم، أو الإمام، أو تحالف عليه جماعة فإن هذه العقود، والمواثيق تقتضي له وجوباً ثانياً ..][٧] اهـ

---

(١) هو الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن العربي الأندلسي الأشبيلي، ولد سنة ٤٦٨هـ، كان ثاقب الذهن، عذب المنطق، كريم الشمائل، ولي القضاء في أشبيلية، توفي رحمه الله بفاس سنة ٥٤٣هـ (سير أعلام النبلاء للذهبي ٢٠/١٩٧، وشذرات الذهب لابن العماد ٤/١٤١).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٢/٥٢٦ .

(٣) هو الإمام أبو الحسن علي بن محمد بن علي الطبري الملقب بعماد الدين المعروف بإلكيا الهراس، ولد في طبرستان سنة ٤٥٠هـ، وسكن بغداد، كان فصيحًا، مليحاً، مهيباً، نبيلاً، توفي رحمه الله ببغداد سنة ٥٠٤ هـ، وإلكيا: بلغة الفرس: الكبير (طبقات الشافعية للأسنوي ٢/٥٢٠).

(٤) أحكام القرآن لإلكيا الهراس ٣/٧-١١ .

(٥) هو شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الدمشقي، ولد سنة ٦٦١هـ، له تصانيف كثيرة، كان بحراً لا ساحل له، وكنزاً لا نظير له، توفي رحمه الله في سجن القلعة سنة ٧٢٨ هـ (البداية والنهاية لابن كثير ١٤/١٣٥-١٤٠، الدرر الكامنة لابن حجر ١/١٤٤، البدر الطالع للشوكاني ١/٦٣) .

(٦) الاختيارات للبعلي ٥٦٣ .

(٧) المصدر السابق ٥٦٤ .

وقال رحمه الله: [.. فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود، وهذا عام، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله، وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه .. فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك العهود عليه قبل العهد كالنذر، والبيع ..][1] اهـ

وقال الإمام محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية[2] رحمه الله: [كما يعلق الطلاق، والجعالة، والنذر، وغيرها من العقود][3] اهـ

وقال رحمه الله: [العقد اللازم إذا اتفق المتعاقدان على فسخه، ورفعه لم يمنعا من ذلك، إلا أن يكون العقد حقا لله تعالى][4] اهـ

ومن خلال هذه العبارات لهؤلاء العلماء من المذاهب الأربعة يتبين لنا أن مصطلح العقد يطلق بالمعنى العام الذي يراد به: الإبرام، والوجوب مع الخالق سبحانه وتعالى، أو المخلوق، وهذا يشمل النذر، واليمين، والبيع، والشراء، والجعالة، ونحوها، إلا أن النذر، واليمين يكون كل منهما عقدا بين المخلوق، والخالق سبحانه، بخلاف البقية فإن العقد فيها يكون بين المخلوق، والمخلوق.

الاصطلاح الثاني: الخاص: وهذا المصطلح الخاص يطلق العلماء رحمهم الله فيه كلمة العقد بمعنى معين وهو: (الإيجاب والقبول معا). فقد عرف الإمام الجرجاني[5] رحمه الله العقد بهذا المصطلح الخاص فقال: (ربط أجزاء التصرف شرعا).[6]

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٤٧٧ .

(٢) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، ولد في دمشق سنة ٦٩١هـ، تتلمذ على شيخ الإسلام ابن تيمية، وسجن معه في قلعة دمشق، كان رحمه الله عارفا بالخلاف، ومذاهب السلف، توفي رحمه الله سنة ٧٥١ هـ. (البداية والنهاية لابن كثير ٤/٢٣٤، الدرر الكامنة لابن حجر ٣/٤٠٠، شذرات الذهب لابن العماد ٦/١٦٨).

(٣) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٨٥ .

(٤) المصدر السابق ٤/١١٢.

(٥) هو الإمام أبو الحسن علي بن محمد بن علي السيد الزين الحسيني الجرجاني، ولد سنة ٧٤٠هـ، خرج لبلاد العجم وصار إماما في جميع العلوم العقلية، وغيرها، توفي رحمه الله سنة ٨١٦هـ. (الضوء اللامع للسخاوي ٥/٣٢٨، البدر الطالع للشوكاني ١/٤٨٨).

(٦) التعريفات للجرجاني ١٥٨، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣/٩ .

فقوله ربط:المقصود منه تفسير معنى العقد حيث تقدم أن من معاني العقد الربط[١] وأن العقد يطلق على المحسوسات،والمعنويات،واستعماله هنا من المعنويات.

وقوله أجزاء: المراد بها الإيجاب،والقبول،فهما جزءا العقد؛ولذلك فسر العلماء رحمهم الله أجزاء العقد بهما،قال الشيخ محمد أمين بن عابدين[٢]:[وقال في شرح الوقاية:العقد ربط أجزاء التصرف ـ أي الإيجاب والقبول ـ شرعاً] اهـ[٣]

وقوله هنا أجزاء قيد يخصص العموم الموجود في المعنى اللغوي الذي لا يختص فيه الربط بشيء معين،بخلاف المعنى الشرعي هنا،فإن الربط في حقيقته مخصوص بجزيء الإيجاب،والقبول.

وقوله التصرف:هو مضمون العقد،كالمبايعة،والمؤاجرة وغيرها.

وقوله شرعاً:مأخوذ من قولهم:شرع الوارد إذا تناول الماء بفيه،والشريعة الموضع الذي ينحدر إلى الماء منها،وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعة من الصوم،والصلاة، والنكاح،وسائر أعمال البر[٤]وهذا قيد في التعريف يخرج العقود التي تكون مخالفة للشرع،أو العقود العرفية؛فإنها لا تعبر عقوداً مشروعة تترتب عليها الآثار اللازمة للعقود المشروعة .

ويشهد لهذا التعريف ما ورد من كلام أهل العلم رحمهم الله من المذاهب الأربعة،قال الإمام محمد بن الهمام الحنفي[٥]رحمه الله في المراد بالعقد: [مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر][٦] اهـ

---

(١)ينظر ص ٢٣.

(٢)هو الشيخ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عابدين الدمشقي،ولد رحمه الله سنة ١١٩٨هـ بدمشق،ونشأ بها.كان شافعي المذهب؛ولما لزم الشيخ شاكر العقاد تحول إلى مذهب أبي حنيفة،كان مفسراً،محدثاً،فقهياً،نحوياً.توفي رحمه الله سنة ١٢٥٢هـ . (حلية البشر للبيطار ٣/ ١٢٣٠).

(٣)حاشية رد المحتار لابن عابدين٣/٩ .

(٤)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ٢٦٢،لسان العرب لابن منظور ٨/١٧٧،المصباح المنير للفيومي ١١٨.

(٥)هو الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السواسي ،الملقب بكمال الدين المعروف بابن الهمام،ولد بالأسكندرية سنة٧٩٠ هـ،برع في الفقه،والأصول،والعربية،قال بعضهم:لو طلبت الدين ما كان في بلدنا من يقوم به غيره،توفي رحمه الله بالقاهرة سنة ٨٦١هـ (الضوء اللامع للسخاوي ٨/١٢٧،البدر الطالع للشوكاني٢/١).

(٦)شرح فتح القدير لابن الهمام ٣/١٧٧ .

وقال الإمام محمد بن عرفة الدسوقي المالكي[١] رحمه الله: [العقود كل ما يتوقف على إيجاب وقبول ..][٢] اهـ

وقال الشيخ محمد الخطيب الشربيني الشافعي[٣] رحمه الله: [ويطلق - أي البيع - على أمرين أحدهما: قسم الشراء ... ، والثاني: العقد المركب من الإيجاب، والقبول..][٤] اهـ

وقال الإمام الموفق محمد بن قدامة الحنبلي رحمه الله في البيع: [وقال بعض أصحابنا: هو الإيجاب، والقبول إذا تضمن عينين للتمليك ..][٥] اهـ

فالعقد المراد به هنا ما يشمل الإيجاب، والقبول معا؛ ولذا عبر الإمام ابن الهمام رحمه الله بقوله: مجموع، والخطيب الشربيني رحمه الله بقوله: المركب مما يشعر بارتباطهما، وعدم إطلاقه مختصا بأحدهما، دون الآخر.

وبهذا يظهر مراد الفقهاء رحمهم الله بهذين الاصطلاحين للعقد، فالمصطلح العام يجعلونه شاملا لما يعقده المكلف من عبادات، أو معاملات، ففي العبادات يعقد الإنسان مع الله تعالى عند قيامه بالطاعات، وفي المعاملات يعقد الإنسان مع غيره من المكلفين ما يلتزم القيام به.

وأما المصطلح الخاص: فهو ما كان مشتملا على إيجاب، وقبول من الطرفين، وهذا المصطلح الخاص الذي يشتمل على الإيجاب، والقبول هو ما سوف أسير عليه في هذا البحث، فما كان من عقد يتطلب إيجابا وقبولا أدرجته، وإلا فلا، فأما الوقف،[٦]

---

(١) هو الشيخ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي الدسوقي، ولد في تونس سنة ٧١٦هـ، إمام تونس، وعالمها، وخطيبها في عصره، تفقه في بلده، يعرف بابن عرفة، والورغمي نسبة لورغمة قرية في أفريقية، كان لا يمل التدريس، والفتوى، وكان رأسا في العبادة، والزهد، توفي رحمه الله وله سبع وثمانون سنة. (الضوء اللامع للسخاوي ٩/٢٤٠).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٥.

(٣) هو الشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني أحد فقهاء الشافعية، أجمع أهل مصر على صلاحه، ووصفوه بالعلم، والعمل، والزهد، والورع، وكثرة العبادة، توفي رحمه الله سنة ٩٧٧هـ (شذرات الذهب لابن العماد ٨/٣٨٤).

(٤) مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٣.

(٥) المغني لابن قدامة ٦/٥.

(٦) ينظر ص ٢٨٩.

والوصية،[1] والحوالة؛[2] فهي عقود مختلف في حاجتها للقبول من الطرف الآخر، فعند فريق من أهل العلم رحمهم الله يشترط فيها القبول، بينما يرى آخرون منهم عدم حاجتها لقبول الطرف الآخر، وعلى هذا القول فإن مثل هذه العقود يكون الموقوف عليه، والموصى له، والمحال له نفع من هذا العقد، وسوف يطالب به عند منعه منه، والحيلولة بينه وبين الوصول إليه؛ فتكون محل نزاع ؛ ولهذا أدرجتها في البحث من هذا الجانب.

---

(١) ينظر ص ٣٧٧.

(٢) ينظر ص ٢٢٢.

المبحث الثالث

(تعريف لزوم العقد)

لم أطلع على من عرف لزوم العقد بتعريف مستقل، لكن يمكن أن نأخذ هذا التعريف من كلام العلماء رحمهم الله ،فقد تقدم معنا تعريف كل من اللزوم[1] ،والعقد[2] وبيان المراد بهما عند الفقهاء رحمهم الله، ومن خلال تعريفهم الإضافي لهذين المصطلحين فإنه يمكن اقتباس التعريف اللقبي للزوم العقد، فيقال لزوم العقد :هو ربط شرعي لأجزاء التصرف بين عاقدين ليس لأحدهما الفسخ، دون قبول الآخر .

هذا إذا كان العقد لازما للطرفين، أما إذا كان لازما لأحدهما ،دون الآخر فإنه يمكن تعريفه بأنه:ربط شرعي لأجزاء التصرف بين عاقدين يملك أحدهما الفسخ، دون الآخر.

---

(١)ينظر ص ١٦.

(٢)ينظر ص ٢٦.

المبحث الرابع

أقسام العقد

يشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب :

المطلب الأول:أقسام العقد من حيث الصحة،وعدمها .

المطلب الثاني:أقسام العقد من حيث اللزوم،وعدمه .

المطلب الثالث:أقسام العقد من حيث النفاذ،وعدمه.

المطلب الرابع: أقسام العقد من حيث وجود العوض،وعدمه.

المطلب الخامس: أقسام العقد من حيث وجود التأقيت،وعدمه.

المطلب الأول

(أقسام العقد من حيث الصحة[1] وعدمها)

العقود التي تقع بين الطرفين إما أن تقع موافقة للشرع؛فتوجب ترتب الآثار عليها ،وإما أن تقع مخالفة للشرع؛فلا توجب ترتب الأثر عليها؛ولذلك اتفق العلماء رحمهم الله على تقسيم العقود بهذا الاعتبار إلى قسمين[2] :

القسم الأول:العقد الصحيح:

وهو [ما استجمع أركانه،وشرائطه بحيث يكون معتبرا شرعا][3] وإذا استجمع العقد هذه الأركان،والشرائط ترتب الأثر الشرعي عليه،ففي العبادات يترتب إجزاؤها،وهو الكفاية في إسقاط التعبد،فعلى سبيل المثال:الصلاة،إذا أوقعها المكلف كاملة بأركانها، وشرائطها المعتبرة حكمنا بصحتها،فترتب الأثر وهو إجزاؤها المتضمن للحكم ببراءة ذمة المكلف،وسقوط القضاء عنه،وفي العقود يترتب أثرها من ملك وغيره[4] ،فمثلا:عقد البيع،إذا وقع من الطرفين بأركانه،وشرائطه المعتبرة،حكمنا بصحته،فترتب الأثر من انتقال الملكية للثمن والمثمن بموجب ذلك البيع الصحيح.

القسم الثاني: العقد غير الصحيح:

وهو الذي لم يستجمع الأركان،والشروط المعتبرة للحكم بصحة العقد شرعا،وهذا القسم اختلف العلماء فيه على قولين:

---

(١)الصحة في اللغة :ضد السقم،وقد استعيرت الصحة للمعاني فقيل:صحت الصلاة،إذا سقط القضاء،وصح العقد،إذا ترتب عليه أثره،معجم مقاييس اللغة لابن فارس٢٨١/٣،لسان العرب لابن منظور٥٠٧/٢،المصباح المنير للفيومي١٢٧،والصحة في الاصطلاح :ترتب الأثر المطلوب من الفعل عليه،روضة الناظر لابن قدامة١٦٥/١.

(٢)كشف الأسرار للبزدوي ٢٥٩/١،بدائع الصنائع للكاساني٢٩٩/٥،حاشية العطار على جمع الجوامع١٣٨/١-١٤٠،حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع١٥٥/١،المنثور في القواعد للزركشي٧/٣،الأشباه والنظائر للسيوطي١٧٨/١،روضة الناظر لابن قدامة١٦٦/١،المسودة لآل تيمية٨٠.

(٣)كشف الأسرار للبزدوي ٢٥٩/١ .

(٤)التحرير لابن الهمام٢٦٠،حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع١٠٠/١.

القول الأول:أن غير الصحيح قسم واحد ،وأن الباطل،والفاسد مترادفان،ويقابلان الصحيح،فإذا تخلف ركن،أو شرط فهو غير الصحيح،سواء قيل عنه باطل،أو فاسد،وإلى هذا القول ذهب الجمهور من المالكية،[1] والشافعية،[2] والحنابلة،[3] رحمهم الله.

فهذا الشيخ عبدالرحمن البناني[4] المالكي رحمه الله يبين البطلان،والصحة ويجعلهما من تقابل الضدين.[5]

وقال الإمام جمال الدين الأسنوي[6] الشافعي رحمه الله: [والبطلان،والفساد مترادفان] اهـ[7]

وقال الإمام الموفق بن قدامة الحنبلي رحمه الله: [والفاسد مرادف الباطل،فهما اسمان لمسمى واحد] اهـ[8]

القول الثاني:أن غير الصحيح ينقسم إلى قسمين:

الأول:الباطل:وهو ما لم يكن مشروعا بأصله،ووصفه،وأصل العقد :هو الركن،والمحل،فإذا كان الخلل راجعا إلى ركن العقد. وهو عندهم الإيجاب،والقبول. بأن صدر من مجنون،أو صبي لا يعقل،فإن العقد باطل،وكذلك إذا كان الخلل راجعا إلى

---

(١)حاشية العطار على جمع الجوامع ١/١٣٨ ـ ١٤٧ ،حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع ١/١٠٥ ،الموافقات للشاطبي ١/٢٩١ ـ ٢٩٥ .

(٢)التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للأسنوي ٥٩ ،تهذيب الأسنوي على منهاج الوصول ١/٤٣،الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٨ ،المنثور في القواعد للزركشي ٣/٧.

(٣)روضة الناظر لابن قدامة ١/١٦٦،المسودة لآل تيمية ٨٠ .

(٤)هو العلامة عبد الرحمن بن جاد الله البناني،نسبة إلى قرية بنانه من قرى مفستير بأفريقية وهو فقيه أصولي،نزل مصر،توفي رحمه الله سنة١١٩٨ هـ . (هدية العارفين للبغدادي ١/٥٥٥) .

(٥)حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع ١/١٠٥.

(٦)هو الإمام أبو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الأسنوي،ولد بأسنا من صعيد مصر سنة ٧٠٤ هـ ،ثم قدم القاهرة ،شيخ الشافعية،كان حسن الشكل،حسن التصنيف،توفي رحمه الله فجأة بمصر سنة ٧٧٢ هـ . (الدرر الكامنة لابن حجر ٢/٤٦٣ ،شذرات الذهب لابن العماد ٦/٢٢٣،البدر الطالع للشوكاني ١/٣٥٢).

(٧)التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للأسنوي ٥٩.

(٨)روضة الناظر لابن قدامة ١/١٦٦.

المحل، بأن كان المبيع محرما؛ كالميتة، أو الخنزير ونحوهما من المحرمات، فإنه يكون العقد عليه باطلا.

وأما وصف العقد: فهو ما رجع إلى غير الركن، والمحل، كأن يكون غير مقدور التسليم، أو يكون فيه شرط مخالف لمقتضى العقد، كعدم تسليم الثمن في البيع، فهذا يرجع إلى وصف العقد لا إلى ركنه، ومحله .

الثاني: الفاسد: وهو ما كان مشروعا بأصله، لا بوصفه .

فالركن، والمحل، وهما أصل العقد مشروعان، بأن كانا في البيع مالين مقومين، لكن حصل الخلل في الوصف كالشرط ونحوه، مثل أن يبيع، ويشترط شرطا لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحدهما، فإن العقد عندهم فاسد، لا باطل[١]، فأصل العقد مفيد للملك، لكنه فاسد، وحرام؛ لأن الشرط محرم، وهو أمر زائد عن أصل البيع المشروع .

وهذا التقسيم ذهب إليه الحنفية رحمهم الله، قال الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله: [قد علمت أن الفاسد مباين للباطل] اهـ[٢] إلا أنهم استثنوا النكاح فقالوا: إن عقده إما صحيح، أو غير صحيح، ولم يفرقوا بين كونه فاسدا، أو باطلا، إلا في نكاح المحارم.[٣]

وهذا الخلاف بين الجمهور، والحنفية رحمهم الله في تقسيم العقد من حيث الصحة هو خلاف لفظي كما نص عليه بعض العلماء رحمهم الله[٤]، لا سيما فيما يتعلق بصفة لزوم العقد، فلا يمكن وصف العقد بأنه لازم مع الحكم بفساده على مصطلح الحنفية رحمهم الله، وكذا على مصطلح الجمهور رحمهم الله، ولذا فكلا القولين يؤدي إلى نتيجة واحدة فيما يتعلق بموضوع البحث.

---

(١) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤٩/٥.

(٢) المصدر السابق .

(٣) كشف الأسرار للبزدوي ٢٥٩/١، شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢١٨/١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٧.

(٤) شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٤١/١، حاشية البناني على شرح المحلى على جمع الجوامع ١٠٥/١، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤٩/٥.

المطلب الثاني

(أقسام العقد من حيث اللزوم[١] وعدمه)

عند النظر في تقسيمات العلماء رحمهم الله للعقد من حيث اللزوم، وعدمه نجدها لا تخرج عن أربعة أقسام:

القسم الأول: العقد اللازم للطرفين معا: وفي هذا القسم تكون صفة اللزوم متعلقة بالطرفين، فلا يحق لأحدهما أن يقوم بفسخ العقد بدون رضا الطرف الثاني، وذلك كالبيع،[٢] والإجارة،[٣] والنكاح[٤]، فهذه عقود كلها لازمة، لا يملك فيها أحد المتعاقدين الفسخ بدون رضا الطرف الآخر.

القسم الثاني: عقد لازم لأحد الطرفين: وفي هذا القسم من العقود يكون اللزوم متعلقا بأحد الطرفين، دون الآخر، بحيث يكون الطرف الثاني من حقه الفسخ بدون رضا الطرف الأول، ومن أمثلة هذا القسم: الضمان فإنه لازم في طرف الضامن، جائز في طرف المضمون له،[٥] وهكذا الكفالة، فهي لازمة في جهة الكفيل، جائزة في جانب المكفول له.[٦]

القسم الثالث: عقد جائز يؤول إلى اللزوم: وفي هذا القسم يكون أصل العقد الجواز، لكن ينقلب إلى اللزوم في بعض مراحله، كالجعالة، والقرض، والهبة، فلو قال في الجعالة مثلا: من رد علي دابتي المسروقة، أو عبدي الآبق فله مائة دينار، فجاء شخص

---

(١) ينظر الباب الثاني ص ١٦٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني٥/٢٤٣، الذخيرة للقرافي٥/٢٠، الحاوي الكبير للماوردي٥/٢٨، المغني لابن قدامة٦/٣٠.

(٣) المبسوط للسرخسي١٦/٢، المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١٠٩١، نهاية المحتاج للرملي٥/٣١٧، المقنع لابن قدامة٢/٢١١.

(٤) المبسوط للسرخسي٥/٩٥، حاشية الدسوقي٢/٢٢١، المنثور في القواعد للزركشي٣/٤٧، المغني لابن قدامة٩/٤٦٤.

(٥) الهداية للمرغيناني٣/٤٣٣، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٦٥٩، روضة الطالبين للنووي٤/٢٦٤، المغني لابن قدامة٧/٨٦.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم٣٣٦، الحاوي الكبير للماوردي٥/٢٩، المغني لابن قدامة٦/٤٩.

بالدابة، والعبد، فإن الجعالة هنا يحكم بلزومها، لكن قبل أن يشرع في رده فإن عقدها يكون غير لازم للطرفين.(١)

وأما القرض فإنه قبل أن يتم القبض يكون جائزا لكلا الطرفين، فإذا تم القبض تحول إلى اللزوم.(٢)

وأما الهبة فإنه إذا قال له: وهبتك دابتي، فقبل الموهوب له فإن العقد بينهما جائز ما لم يتم قبض الهبة، فإذا قبضت آل العقد إلى اللزوم.(٣)

القسم الرابع: عقد جائز للطرفين: وفي هذا القسم يكون العقد غير لازم لأحد العاقدين، ولا يؤول إلى اللزوم في بعض مراحله، بل يوصف بعدم اللزوم على الدوام، كالشركة، والوديعة، والوكالة.

فالشركة يملك فيها المتعاقدان الحق في فسخها متى شاءا، ولا يلزم أن يتم ذلك عن رضا كلا الطرفين، فلو فرض أن أحدهما يريد الفسخ، والآخر لا يريده، فإن الشركة تفسخ؛ لأنها من العقود الجائزة.(٤)

والوديعة إذا تم الاتفاق عليها بين المتعاقدين، فإن كلا منهما يكون بالخيار متى شاء رجع ففسخ عقدها، ولو لم يرض الطرف الآخر، فللمودع الحق في استرجاع الوديعة متى شاء، ولو حدد لها وقتا، وهكذا للمودع الحق في ردها إلى صاحبها، والرجوع عن حفظها متى شاء، ولو لم يرض المودع.(٥)

---

(١) التلقين للقاضي عبدالوهاب ٢/ ٤٠٥، وينظر ص ٣٣٦ من هذا البحث.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/ ٥٦٥، الإنصاف للمرداوي ٥/ ١٣٠، الاختيارات الفقهية للبعلي ٢٣٠، أعلام الموقعين لابن القيم ٢/ ٣٦٢، السيل الجرار للشوكاني ٣/ ١٤٤، ينظر ص ٣٤٦ من هذا البحث.

(٣) المهذب للشيرازي ١/ ٤٥٤، روضة الطالبين للنووي ٥/ ٣٧٥، الإنصاف للمرداوي ٧/ ١١، كشاف القناع للبهوتي ٤/ ٣٠٣.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ٧٧، الذخيرة للقرافي ٨/ ٥٠، روضة الطالبين للنووي ٤/ ٢٨٣، المغني لابن قدامة ٧/ ١٣١.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ٣٧، المعونة للقاضي عبدالوهاب ٢/ ١٢٤٢، الحاوي الكبير للماوردي ٦/ ٥١١، المقنع لابن قدامة ٣/ ١٥١.

وفي الوكالة يملك كل من الموّكل، والوكيل الحق في فسخ عقد الوكالة متى شاء، ولا يشترط أن يرضى الطرف الآخر عن فسخه.[١]

وهناك قسم متردد بين الجواز، واللزوم[٢]، وقد أشار إليه كل من الإمامين: الموفق ابن قدامة المقدسي، وجلال الدين السيوطي[٣] رحمهما الله؛ لكن عند التأمل يتبين أن هذا القسم يؤول إلى أحد الأقسام السابقة ؛ لأن التردد راجع إلى الخلاف المذهبي من جهة الحكم عليه في المذهب، لا من الجهة الحقيقة؛ لأنه عندما تردد فيه منهم من رجح وصفه باللزوم، ومنهم من رجح وصفه بالجواز فهو في الحقيقة آيل إلى اللزوم، أو عدمه، ولذلك لا حاجة إلى إفراده بقسم مستقل؛ لأنه مندرج تحت الأقسام السابقة عند بت الخلاف، والترجيح فيه، ويعتبر ذكر العلماء رحمهم الله له مهماً لبيان حكمه في المذهب، وليس لذلك تأثير في التقسيم هنا.

وبناء على ما تقدم فإنه يمكننا أن نقسم العقد اللازم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: العقد اللازم للطرفين، ومن أمثلته البيع ، والإجارة، والنكاح.

القسم الثاني: العقد اللازم لأحد الطرفين دون الآخر، ومن أمثلته الرهن، والضمان، والكفالة.

القسم الثالث: العقد الجائز في أول حال، اللازم في ثاني حال، ومن أمثلته الجعالة، والقرض، والهبة.

فهذه الثلاثة الأقسام هي مدار الحديث في موضوع بحثي، وهي محل التفصيل فيه، أما العقد الجائز الذي لا يكتسب اللزوم في حال من أحواله، فسوف أذكره بإيجاز؛ لأنه لا يتضمنه اللزوم ولا يشمله[٤].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٧/٦، الذخيرة للقرافي ١٤٣/٩، منهاج الطالبين للنووي ١١٤/٣، المغني لابن قدامة ٢٦٨/٩، ينظر ص ٣٩٣ من هذا البحث.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٩/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٢ .

(٣) هو الإمام أبو الفضل جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، ولد سنة ٨٤٩هـ حفظ القرآن وهو دون ثمان سنين، توفي رحمه الله سنة ٩١١هـ (الضوء اللامع للسخاوي ٦٥/٤، شذرات الذهب لابن العماد ٥١/٨).

(٤) ينظر ص ٣٨٩.

المطلب الثالث

(أقسام العقد من حيث النفاذ[(١)] وعدمه)

عبر العلماء رحمهم الله بمصطلح النفوذ في الدلالة على مضي العقد، واعتباره، ويشهد لذلك قول الإمام محيي الدين النووي[(٢)] رحمه الله: [الرابع: الملك لمن له العقد، فبيع الفضولي باطل، وفي القديم موقوف إن أجاز مالكه نفذ، وإلا فلا][(٣)] اهـ

كما عبروا بمصطلح العقد الموقوف في الدلالة على عدم إجازة العقد، وتعليقه، ويشهد لذلك ما يأتي:

قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي[(٤)] رحمه الله: [..البيع انعقد من الغاصب موقوفا على إجازة المالك؛ فإن من أصلنا: أن ماله مجيز حال وقوعه يتوقف على الإجازة، وأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء][(٥)] اهـ

وقال الإمام أبو القاسم محمد بن جزي[(٦)] المالكي رحمه الله: [..بيع الفضولي فينعقد، ويتوقف على إذن ربه] اهـ [(٧)]

---

(١)النفاذ في اللغة: قال ابن فارس رحمه الله: [النون، والفاء، والذال أصل صحيح يدل على مضاء في أمر وغيره، وهو نافذ ماض في أمره] اهـ معجم مقاييس اللغة لابن فارس٥/٤٥٨، كما يستعمل النفاذ لمعان أخرى ينظر لسان العرب لابن منظور ٣/٥١٤ .

(٢)هو الإمام أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف بن مري النووي الدمشقي، ولد سنة ٦٣١هـ، كان رأسا في الزهد، وقدوة في الورع، عديم المثل، ولي مشيخة دار الحديث، توفي رحمه الله بنوى، ودفن بها سنة٦٧٦هـ . (البداية والنهاية لابن كثير ١٣/٢٧٨، شذرات الذهب لابن العماد٥/٣٥٤).

(٣)منهاج الطالبين للنووي ٢/٢١ .

(٤)هو الإمام شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي، أحد الفحول الأئمة الكبار، كان إماما، علامة، حجة، متكلما، فقهيا، أملى المبسوط، وهو في السجن بسبب كلمة كان فيها من الناصحين، توفي رحمه الله سنة ٤٩٠هـ . (الجواهر المضية للقرشي ٣/٧٨).

(٥)المبسوط للسرخسي ١١/٦١ .

(٦)هو الإمام أبو القاسم محمد بن أحمد بن عبدالله بن يحي بن جزي الكلبي الغرناطي، فقيه مالكي، تقدم خطيبا ببلده على حداثة سنه، فاتفقوا على فضله، قتل رحمه الله سنة ٧٤١هـ . (الدرر الكامنة لابن حجر٣/٣٥٦).

(٧)القوانين الفقهية لابن جزي٢٥٠ .

وقال الإمام محي الدين النووي الشافعي رحمه الله :[فلو باع مال غيره بغير إذن،ولا ولاية فقولان:الصحيح:أن العقد باطل...،والقول الثاني:وهو القديم أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك،فإن أجاز صح البيع،وإلا لغا] اهـ [١]

وقال الإمام الموفق بن قدامة الحنبلي رحمه الله: [فصل:وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي، على ما ذكرنا من الروايتين:إحداهما :بطلانها،والثانية :صحتها،ووقوفها على إجازة المالك ..][٢]اهـ هذا فيما يتعلق بالبيع .

وأما الوصية بما زاد عن الثلث لغير وارث فإنه يقف على إجازة الورثة فإن أجازوه جاز،وإن ردوه بطل،وقد حكى الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله إجماع أهل العلم على ذلك.[٣]

ومن خلال هذه النقول يتبين اعتبار العلماء رحمهم الله لمصطلح النفوذ ، ،وأنهم استعملوا في الدلالة على معناه مصطلح الجواز أيضا ،كما استعملوا في الدلالة على ضدهما مصطلح الوقف،وعلى هذا فإن العقد ينقسم من خلال هذه المصطلحات إلى قسمين:

القسم الأول:العقد النافذ أو الجائز.

القسم الثاني:العقد الموقوف.

وبيانهما فيما يلي:

أولا :العقد النافذ (الجائز):وقد عرفه الشيخ محمد أمين بن عابدين رحمه الله بقوله:[وهو ما كان مشروعا بأصله،ووصفه،ولم يتعلق به حق الغير][٤]اهـ

وهذا التعريف يتفق مع ما عليه الجمهور من وصف العقد الذي اكتملت أركانه،وشروطه، ولم يتوقف على إذن الغير بكونه عقدا نافذا ، ومن ثم حكموا بترتب الآثار الشرعية عليه .

---

(١)المجموع للنووي٣١٢/٩.

(٢)المغني لابن قدامة ٣٩٩/٧ .

(٣)المغني لابن قدامة ٤٠٤/٨ ،حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦٦٧/٦ ،المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٦٢٠/٣ ،الكافي لابن عبد البر ١٠٢٤/٢ ،الحاوي الكبير للماوردي ١٩٤/٨ .

(٤)حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٠/٥ .

ثانيا: العقد الموقوف: إذا كان العقد النافذ هو (ما كان مشروعا بأصله، ووصفه، ولم يتعلق به حق الغير) كما تقدم في تعريف الشيخ محمد أمين بن عابدين رحمه الله؛ فإن العقد الموقوف عكسه وهو (ما كان مشروعا بأصله ووصفه وتعلق به حق الغير).

وقد شاع عند العلماء رحمهم الله استخدام مصطلح الوقف في العقد عندما يذكرون مسألة تصرف الفضولي، سواء كان ذلك التصرف بيعا، أو إجارة، أو هبة، أو وقفا وغيره[1]. كما يظهر تعبيرهم بالوقف في تصرفات الغاصب[2]، والوصية بما زاد عن الثلث لغير وارث[3].

وهذا التقسيم له تأثير في وصف العقد باللزوم، فالعقد الموقوف لا يعتبر لازما، لتخلف أحد شروط لزوم العقد في العاقد، لأن العاقد يشترط فيه أن يكون له حق التصرف في المعقود عليه إما أصالة، أو نيابة، أو ولاية.[4]

---

(١) المبسوط للسرخسي ٦١/١١ ، القوانين الفقهية لابن جزى ٢٥٠، ٢٥١، المجموع للنووي ٣١٢/٩ . المغني لابن قدامة ٣٩٩/٧ .

(٢) المغني لابن قدامة ٣٩٩/٧ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤٠٤/٨، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦٦٧/٦، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٦٢٠/٣، الكافي لابن عبد البر ١٠٢٤/٢، الحاوي الكبير للماوردي ١٩٤/٨.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٤٨/٥، الاختيار للموصلي ١٥٦/٢، الكافي لابن عبدالبر ٧٨٧/٢، بداية المجتهد لابن رشد ٣١/٥، التنبيه للشيرازي ١٠٨، مغني المحتاج للشربيني ٢٠/٢، المقنع لابن قدامة ٧/٢، زاد المستقنع للحجاوي ٦٦.

المطلب الرابع

(أقسام العقد من حيث وجود العوض[1] وعدمه)

العقود تختلف أحوالها فتارة يكون العوض موجودا فيها، وتارة لا يكون موجودا، وإذا وجد العوض فإنه قد يكون مقصودا قصدا محضا بحيث لا يوجد معه قصد آخر، وقد يكون بخلاف ذلك فينضم إلى قصد العوض من العقد قصد آخر، ولهذا قسم الفقهاء رحمهم الله العقد من حيث وجود العوض، وعدمه إلى قسمين:

القسم الأول: عقد معاوضة: وهو الذي تكون المعاوضة فيه، والمبادلة مقصودة، وهو على نوعين:

الأول: معاوضة مالية محضة، أو صرفة: وهي التي يكون المال فيها مقصودا من الجانبين حقيقة كالبيع، والسلم، أو حكما كالإجارة؛ فإن المنفعة تقوم مقام الأعيان المالية المحسوسة، فإن قصد المالية، لما كان موجودا من الطرفين مجردا عن قصد آخر؛ وصفت هذه العقود بكونها مالية محضة، ففي البيع يدفع المشتري الثمن في مقابل المثمن؛ فيقصد المشتري المثمن، ويقصد البائع الثمن، ويتمحض القصد منهما بالمالية من هذا الوجه.

وفي السلم يقصد المسلم المثمن المؤجل، ويقصد المسلم إليه الثمن المعجل، ويتمحض القصد منهما بالمالية الموجودة في الثمن، والمثمن.

وفي الإجارة يقصد المؤجر الثمن، فيمكن المستأجر من العين لاستيفاء المنفعة، ويقصد المستأجر المنفعة، فيدفع في مقابلها الأجرة، ويتمحض القصد منهما بالمالية الموجودة في كل من الأجرة، ومنفعة العين التي تقوم مقام الأعيان المالية المحسوسة.

الثاني: معاوضة مالية غير محضة أو غير صرفة: وهي التي يكون فيها المال غير مقصود قصدا محضا، وهذا النوع من المعاوضات يقع على أضرب:

الضرب الأول: أن يقصد العوض مع المكارمة: كما في النكاح فإنه يقصد منه مع المالية المكارمة، فلم يتمحض بقصد المالية.

---

(١) العوض في اللغة: مأخوذ من قولهم: عاض، يعوض، عوضا، والاسم العوض، وهو البدل للشيء، وجمعه أعواض. معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٨٨/٤، لسان العرب لابن منظور ١٩٢/٧، المصباح المنير للفيومي ١٦٦، والعوض في الاصطلاح: ما يبذل في مقابلة الشيء. المطلع على أبواب المقنع للبعلي ٢١٦.

الضرب الثاني:أن يقصد العوض مع دفع الضرر:كما في الخلع؛فإنه يقصد منه دفع الضرر،مع انتفاع الزوج بالمال المسترد،فلم يتمحض قصد المالية فيه،فالمال المدفوع،وهو المال المسترد اقترن بقصد المرأة دفع ضرر بقاء عقد النكاح،كما اقترن بأخذ الزوج له قصد دفع الضرر المترتب على تطليقه بدون عوض،مع أن سبب الطلاق،والفراق من الزوجة لا منه.

الضرب الثالث: أن يقصد العوض مع الإحسان والرفق:كما في المضاربة،فإن رب المال أحسن إلى العامل بالمال،وأحسن العامل إلى رب المال بالعمل،فكل منهما أحسن إلى الآخر وعاوضه.

وفي هبة الثواب يعاوض كل من الطرفين الآخر بهبة مقابل هبته،مع أنه يقصد المعروف والمحبة،فكانت رفقا،ومعاوضة من هذا الوجه.

القسم الثاني:**عقد تبرع**: وهو الذي يكون المقصود فيه الإحسان الصرف من أحد المتعاقدين،دون الآخر،ومن أمثلة هذا العقد:الوديعة،والعارية،والهبة لغير الثواب،والقرض.

فإن هذه العقود يبذل فيها الشيء من أحد المتعاقدين،دون أخذ عوض في مقابله من الطرف الثاني .

فالوديعة محض تبرع بحفظ الشيء من المودع دون عوض يؤخذ من المودع في مقابل هذا التبرع.

والعارية حينما يبذلها المعير فإنما يريد الرفق بمن أعاره،دون أن يقصد من تلك العارية عوضا يأخذه من المعار.

وفي الهبة لغير الثواب يكون مراد الواهب أن يحسن إلى الموهوب،فلا يقصد منها عوضا يأخذه ممن وهب له.

وأما القرض فإن المقرض يقصد من ذلك القرض التوسعة على المقترض،فإنه ما لجأ إلى القرض إلا من حاجة،فإذا زالت تلك الحاجة،وفاض المال في يده قام برد ما اقترضه دون زيادة،فكان الغرض من القرض الرفق بالمقترض،دون أن يكون هناك قصد للعوض .

وحينئذ يكون العوض معدوما؛لعدم قصده من الباذل الذي قصد محض الإحسان، والتبرع،ويكون الإحسان هو المقصود من أحد المتعاقدين،دون الآخر.[1]

---

(١)المنثور في القواعد للزركشي ٢/٤٠٢،نهاية المحتاج للرملي ٤/٧،الفروق للقرافي ١/١٥٠ـ ١٥١،الذخيرة للقرافي٧/٣٠،المغني لابن قدامة ٦/٤٨ـ٤٩،القواعد لابن رجب ٧٨ ـ ٨٣ .

وبهذا يتبين أن العقد :إما أن يكون معاوضة ، أو تبرعا ، وأن المعاوضة :إما أن تكون مالية محضة ، أو تكون مالية غير محضة ، وأن غير المحضة : إما أن يقصد مع العوض المكارمة ، أو دفع الضرر ، أو الرفق، والله أعلم.

المطلب الخامس

(أقسام العقد من حيث وجود التأقيت[١] وعدمه)

التأقيت في العقود هو: قبول العقد لمدة زمنية ينقضي بانتهائها، وقد قسم العلماء رحمهم الله العقد من حيث قبوله لتحديد المدة، وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: العقد المؤقت: وهو العقد الذي يتحدد بالمدة المعينة من الزمان كالإجارة الزمانية، والسلم، والكتابة، والهدنة على قول الجمهور من المالكية،[٢] والشافعية،[٣] والحنابلة[٤] رحمهم الله بوجوب تأقيتها.

فعقد الإجارة الزمانية تحدد فيه المدة، فلو استأجر دارا، أو عاملا باليوم، أو الشهر، أو السنة فإن الاستئجار على هذا الوجه مقيد بالزمن الذي لا يجوز إطلاقه حتى لا يكون غررا،[٥] وفي السلم يتم ضرب مدة يتم فيها تسليم المسلم فيه، وفي الكتابة، يقوم المكاتب بدفع الأقساط في وقتها، وهكذا الهدنة على القول بتحديدها كما تقدم يجب أن يضرب لها أجل مسمى تنتهي إليه[٦].

القسم الثاني: العقد غير المؤقت: وهو العقد الذي لا يتحدد بمدة معينة من الزمان كالبيع، والنكاح، والوقف. فلو باع عينا، أو أوقفها؛ فإنه لا يصح أن يحدد مدة زمانية لهذه العقود تنتهي بانتهائها؛ لأن مقصود البيع التمليك، والتأقيت يخالفه، فإذا باع العين انتقلت إلى المشتري ملكا إلى الأبد، وهكذا الوقف لا يصح أن يوقف دارا لمدة محددة؛ لأن التأقيت لا يتفق

---

(١) التأقيت: مأخوذ من قولهم: وقت الشيء، يؤقته إذا بين حده، وكل شيء قدرت له حينا فهو مؤقت، وكذلك ما قدرت غايته فهو مؤقت، فالتأقيت: أن يجعل للشيء وقتا يختص به، وهو بيان مقدار المدة. معجم المقاييس اللغة لابن فارس ٦/١٣١ ـ ١٣٢، لسان العرب لابن منظور ٢/١٠٧، المصباح المنير للفيومي ٢٥٦.

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٢٠٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٦.

(٤) المغني لابن قدامة ١٣/١٥٥، ينظر بدائع الصنائع للكساني ٧/١٠٩، حيث ذكر أن الهدنة تكون مؤقتة وغير مؤقتة.

(٥) قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: (..أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة؛ كشهر، وسنة، ولا خلاف في هذا نعلمه؛ لأن المدة هي الضابط للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة) اهـ المغني لابن قدامة ٨/٨.

(٦) حاشية الدسوقي ٢/٢٠٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٦، المغني لابن قدامة ١٣/١٥٥.

مع تحبيس الأصل، فالواقف يحبس أصل الوقف، فلا يملك أن يتصرف فيه بعد صدور الوقف منه[١]، ومثله النكاح فلا يصح أن يتزوج امرأة لمدة محددة؛ لأنه يكون نكاح المتعة[٢] المنهي عنه شرعا.[٣]

القسم الثالث: العقد الذي يقبل التأقيت وعدمه: ومن أمثلة ذلك الوكالة، والوصاية، والقرض، والعارية، والوديعة، فإنه يصح تحديدها بمدة زمنية، وإطلاقها بحيث تكون خالية من المدة، فلو وكل شخصا دون أن يقيد وكالته بمدة معينة صحت وكالته، وكان وكيلا إلى أن يعزله، وإذا حدد مدة انتهت الوكالة بانتهائها[٤]، وهكذا الوصاية، [٥] والقرض[٦]، والعارية[٧].

---

(١) الاختيار للموصلي٣/٤٢، روضة الطالبين للنووي٥/٣٢٥، الإنصاف للمرداوي٧/٣٥.

(٢) هو: من التمتع بالشيء، والانتفاع به، وهو شرعا: أن يتزوج المرأة إلى مدة، المقنع لابن قدامة٣/٤٨، المطلع على أبواب المقنع للبعلي٣٢٣.

(٣) لقوله صلى الله عليه وسلم: (يا أيها الناس إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله حرم ذلك إلى يوم القيامة..) الحديث، رواه مسلم، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة..، صحيح مسلم٤/١٣٢.

(٤) مغني المحتاج للشربيني٢/٣٠٢، كشاف القناع للبهوتي٣/٤٦٢.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٦ .

(٦) النتف في الفتاوى للسغدي١/٤٩٣، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٥٦٥، روضة الطالبين للنووي٤/٣٤، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٦.

(٧) النتف في الفتاوى للسغدي٢/٥٨٢، بلغة السلك للصاوي٢/٢٠٨، منهاج الطالبين للنووي٢/٣٦٨، المغني لابن قدامة٧/٣٤٩.

المبحث الخامس

(عناية الفقهاء رحمهم الله بمصطلح اللزوم)

إن الناظر في كتب الفقهاء رحمهم الله يدرك إدراكا لاشك فيه الجهد المبذول منهم في تقصي المسائل الفقهية الواقعة في عصرهم، أو المتوقع حدوثها، ولذا فمن النادر أن تجد مسألة إلا وقد بين الفقهاء رحمهم الله حكمها الشرعي ودليله غالبا، أو على الأقل نبهوا على أصولها، وقواعدها؛ وما ذلك إلا لكمال الشريعة الإسلامية، وشمولها لمناحي الحياة، تحقيقا لقول المولى عز وجل: ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ﴾ [المائدة:٣] فلم يقف علماء الإسلام رحمهم الله أمام نازلة من النوازل مكتوفي الأيدي، بل قاموا بدراستها، وبحثها، وبيان حكمها المستمد من الكتاب، والسنة، وأقوال الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم، ومصطلح (اللزوم) هو مما عني به العلماء رحمهم الله، ويدل على هذه العناية عدة أمور يمكن أن نوجزها فيما يأتي :

أولا: عنايتهم ببيان حقيقة مصطلح اللزوم ، وضده من الجواز؛ مما أعان على كشف معناه وإدراكه.(١)

ثانيا: عنايتهم بوصف العقد به، سواء كان العقد من العقود المالية كالبيع ، أو غيره كالنكاح، فلا تكاد تنظر في عقد من العقود إلا وجدتهم قد بينوا صفته، وأوضحوا لزومه للطرفين، أو لأحدهما، أو كونه جائزا يتحول إلى اللزوم في بعض أحواله، فمن ذلك:

قول الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في البيع :[وأما بيان صفة الحكم، فله صفتان: أحدهما: اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ، سواء كان بعد الافتراق عن المجلس، أو قبله عندنا]اهـ(٢)

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله في لزوم عقد البيع:[وإذا انعقد العقد

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني٥/٢٩٩، البحر الرائق لابن نجيم٦/٢٩، المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١٠٩١، الكافي لابن عبدالبر٢/٧٦٧، المهذب للشيرازي١/٤٠٧، المنثور في القواعد للزركشي٢/٣٠٤، المغني لابن قدامة٨/٢٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي٢/٣٧١.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٤٣.

لزم].[1]

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [الحبس، والوقف صحيح لازم لا يفتقر لزومه إلى حكم حاكم به][2]اهـ

ثالثا: أن الفقهاء رحمهم الله بعد وصف العقد باللزوم، أو عدمه يذكرون الآثار المترتبة على ذلك فإن كان لازما بينوا أنه لا يحق لأحد الطرفين ترك العقد؛ إلا بعد رضا الطرف الآخر،[3] ويذكرون كذلك المسوغات لترك العقد، والتي تعتبر سوالب للزوم العقد.[4]

رابعا: أن الفقهاء رحمهم الله اعتنوا بالتنبيه على كون اللزوم أصلا في العقود؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود عليه بين الطرفين، وقد صرح بهذا الإمام شهاب الدين القرافي[5] رحمه الله حيث يقول: [الأصل في العقود اللزوم؛ ذلك أن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات؛ فيناسب ذلك اللزوم؛ دفعا للحاجة، وتحصيلا للمقصود][6]اهـ

خامسا: دراستهم للعقود، وبيان ما مصلحته الحكم بلزومه، وما هو بخلاف ذلك مما تكون مصلحته متحققة في حال الحكم بعدم لزومه، وقد اعتنى بتفصيل ذلك، وبيانه الإمام أبو محمد عز الدين بن عبد السلام[7] رحمه الله حيث بين أن التصرفات على أنواع من حيث مصلحة اللزوم وعدمه، وجعل هذه الأنواع ثلاثة:

---

(١) المهذب للشيرازي ٤٣/٢.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩١/٣ .

(٣) المبسوط للسرخسي ٢/١٦، المعونة للقاضي عبدالوهاب ١٠٩١/٢، نهاية المحتاج للرملي ٣١٧/٥، المقنع لابن قدامة ٢١١/٢.

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٣٥٤/٤، مغني المحتاج للشربيني ٢٢٥/٢.

(٥) هو الإمام أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبدالرحمن بن عبدالله الصنهاجي المصري، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك رحمه الله، توفي رحمه الله سنة ٦٨٤هـ (الديباج المذهب لابن فرحون ٦٢).

(٦) الفروق للقرافي ١٣/٤.

(٧) هو شيخ الإسلام أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن القاسم الدمشقي الشافعي، ولد رحمه الله سنة ٥٨٧ هـ، درس بعدة مدارس في دمشق، وولي خطابتها، ثم سافر إلى مصر، ودرس بها، كان لطيفا، ظريفا، توفي رحمه الله سنة ٦٦٠هـ. (البداية والنهاية لابن كثير ٢٣٥/١٣، دول الإسلام للذهبي ١٦٦/٢).

النوع الأول:ما لا تتم مصالحه،ومقاصده إلا بلزومه ومن طرفيه كالبيع،والإجارة والأنكحة،فالبيع،والإجارة لو كانا جائزين لما وثق كل واحد من المتعاقدين بالانتفاع بما صار إليه، ولبطلت فائدة شرعيتهما؛إذ لا يأمن من فسخ صاحبه،وفي النكاح فمقاصده لا تحصل إلا بلزومه، ولا يثبت فيه خيار مجلس،ولا خيار شرط؛لما في ذلك من الضرر على الزوجين في أن يرد كل واحد منهما رد السلع.

النوع الثاني:ما تكون مصلحته في جوازه من طرفيه كالشركة،والوكالة،والودائع.

النوع الثالث:ما تكون مصلحته في جوازه من أحد طرفيه،ولزومه من الطرف الآخر كالرهن،والكتابة،وعقد الجزية.(١)

فمما تقدم تبينت العناية التي أولاها الفقهاء رحمهم الله مصطلح اللزوم في العقود بأنواعها المالية وغيرها،سواء ما يلزم الطرفين أو أحدهما.

---

(١)قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام٢/١٢٥-١٢٨.

الباب الأول

أركان لزوم العقد، وشروطها

تمهيد

لما كان الحديث في هذا الباب متعلقاً بأركان اللزوم، وشروطها فإنه يحسن التمهيد بتعريف الركن، والشرط على النحو التالي:

تعريف الركن: في اللغة الجانب الأقوى من الشيء، (١) واستخدامه في العقود من الاستخدام في المعنويات، حيث عبر الفقهاء رحمهم الله بالأركان عن الأمور التي يقوم عليها العقد، فكأن ذلك الركن هو الجانب الأقوى في تلك العقود.

وفي الاصطلاح: أجزاؤه الداخلة فيه التي تتركب منها حقيقته. (٢)

تعريف الشرط: في اللغة العلامة. (٣)

وفي الاصطلاح: ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده. (٤)

وإذا تقرر ذلك فإن للعقد أركاناً لابد من أن تتوفر حتى يتصور لزوم العقد، وللعلماء رحمهم الله في عدِّ أركان العقد مسلكان:

المسلك الأول: أن للعقد ثلاثة أركان هي: العاقدان، والمعقود عليه، والصيغة، وإلى هذا المسلك ذهب الجمهور من أهل العلم، فهو مذهب المالكية(٥)، والشافعية، (٦) والحنابلة، (٧) رحمهم الله .

المسلك الثاني: أن للعقد ركناً واحداً، هو الصيغة فقط، وهي: الإيجاب، والقبول، أو ما

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٣٠/٢، لسان العرب لابن منظور ١٨٥/١٣، القاموس المحيط للفيروزآبادي ٢٢٩/٤، التعريفات للجرجاني ١١٧، المصباح المنير للفيومي ٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٠٥/١، شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٨٢/١، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٩٤/١، بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي ٩٥/١، حاشية البناني ٢١١/٢، شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٣١/٢، شرح مختصر الروضة للطوفي ٢٢٦/٣، كشاف القناع للبهوتي ٣٨٥/١.

(٣) ~~الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٤٠/١٦~~ . المصباح المنير للفيومي ١١٨

(٤) روضة الناظر لابن قدامة ١٦٢/١، الفروق للقرافي ٦٢/١، شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٥/١، شرح الأسنوي على منهاج الوصول ٩٧/٢.

(٥) بداية المجتهد لابن رشد ٢٠/٤، الذخيرة للقرافي ٦/٦، ٩٥، ١٢٥، ٢٢٣، حاشية الدسوقي ٢/٣، ٢٧٧، ٤٣٣.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٣٩١/٧، ٥٢٤، المجموع للنووي ١٧٤/٩، مغني المحتاج للشربيني ٢٨٨/٢، ٥٦ .

(٧) المقنع لابن قدامة ٤/٢، ١٩٥/٣، كشاف القناع للبهوتي ١٤٦/٣، ٥٤٧ .

في معناهما، وإلى هذا المسلك ذهب علماء الحنفية، [1] رحمهم الله .

وهذا الخلاف في أركان العقد ليس خلافاً حقيقياً، نظراً إلى أن الحنفية رحمهم الله عبروا بالصيغة، وهي الإيجاب، والقبول، وهي تستلزم وجود موجب، وقابل، ومحل يرد عليه ذلك الإيجاب والقبول، فشملت الصيغة العاقدين، ومحل العقد (المعقود عليه)، فصارت النتيجة واحدة على المسلكين فكان الخلاف لفظياً من هذا الوجه، وبناء على ذلك فسوف أتبع مسلك الجمهور لتفصيل أركان العقد، وشروطها، وذلك في ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول: المُلْزِم والمُلْزَم، وشروطهما.

الفصل الثاني: الملزم به، وشروطه.

الفصل الثالث: صيغة لزوم العقد، وشروطها.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٢/٥، ٧٩/٦، ١١٥، ١٣٥، ١٨٥، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣٠٥/٤، ٥٠٤ وغيرها .

الفصل الأول

الملزِم والملزَم وشروطهما

المراد بالملزِم، والملزَم في العقود طرفا العقد، وشخصية الملزِم، والملزَم تختلف بحسب اختلاف العقود، فإن كان العقد من العقود اللازمة للطرفين كان كل واحد من طرفي العقد ملزِماً، وملزَماً وهذا من باب المفاعلة، وهي تقتضي المقابلة فكما أنه ملزِم لغيره، فإنه كذلك ملزَم من ذلك الغير.

ففي عقد البيع مثلاً يكون البائع ملزِماً للمشتري بدفع الثمن، واستلام المثمن، والمشتري ملزِماً للبائع بتسليم المثمن، واستلام الثمن، فكل من البائع، والمشتري ملزِم للغير، وملزَم منه في نفس الوقت.

وفي عقد النكاح يكون الزوج ملزِماً للزوجة بطاعته، وامتثال أمره، وأداء الحقوق الواجبة عليها، والزوجة ملزِمة للزوج بتسليم المهر، والنفقة، ونحوها من الحقوق الواجبة عليه لها، فكان بذلك كل من الزوج، والزوجة ملْزَماً من وجه، وملْزِماً لغيره من وجه آخر.

وإن كان العقد لازماً من أحد الطرفين، دون الآخر، فإن العاقد الذي يوصف العقد في جانبه بالجواز يكون طرفاً ملزِماً، ويكون الطرف الآخر الذي يوصف العقد في جانبه باللزوم ملزَماً، لا ملْزِماً.

ففي عقد الجعالة بعد تمام العمل يكون العامل ملزِماً للجاعل بدفع الجُعل الذي وعد به، فالجاعل ملزَم من قبل العامل، وليس الجاعل بملزِم للعامل، لأن العقد في جانبه غير لازم.

وفي العارية يكون العقد لازماً في جانب المعير، دون المستعير، فيكون المستعير ملزِماً للمعير، ويكون المعير ملزَماً من قبل المستعير، وليس بملزِم له.

وفي الرهن يكون العقد لازماً من قبل الراهن، دون المرتهن، فيكون المرتهن ملزِماً للراهن، والراهن ملزَم من قبل المرتهن، وليس بملزِم له.

وبناء على ذلك فإن لزوم العقد يفتقر إلى وجود ملزِم، وملزَم، وهما طرفا العقد اللذان يصدر منهما الإيجاب، والقبول، ولذا صارا ركناً فيه.

والملزِم والملزَم لابد من أن تتوفر فيهما شروط؛ حتى يحكم بصحة العقد منهما، وهذه الشروط هي شروط عامة في العقود كلها، أو أغلبها، ومنها مجمع عليها، ومنها ما هو محل خلاف ترجح اعتباره شرطاً، ويمكن إيضاحها فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون كل من الملزِم والملزَم عاقلاً [(١)]:

لما كان العقد مفتقراً من المتعاقدين إلى تعقل، ونظر؛ لما يترتب عليه من آثار تؤدي إلى زوال الملكية عن المعقود عليه، فالعاقد ينظر في ذلك العقد، فإن كانت المصلحة في الإقدام عليه أقدم، وإلا أحجم عن إبرامه، ومثل ذلك لا يمكن فعله إلا إذا كان الشخص موصوفاً بالعقل الذي يمكن أن يدرك به المصالح، والمفاسد.

فلو تصورنا البيع من المجنون الذي لا يدرك المصالح، والمفاسد فإنه لا شك سوف يحصل الضرر عليه، فقد يبيع الشيء بأقل من قيمته، أو يشتريه بأكثر من قيمته.

وكذلك الحال في عقد النكاح، سواء كان المجنون فيه زوجاً، أو ولياً، فإنه لا يمكنه أن يدرك مصلحة نفسه في اختيار الزوجة إن كان الزواج له، ولا يمكنه أن يدرك مصلحة موليته إن كان ولياً للمرأة، وكل ذلك يفضي إلى الضرر عليه، وعلى غيره، ومن هنا اتفق العلماء رحمهم الله على اشتراط العقل في العاقدين، وقد نقل الإجماع على ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله بقوله: [... الأقوال لا تعتبر إلا من عاقل يعلم ما يقول ويقصده، فأما المجنون، والطفل الذي لا يميز؛ فأقواله كلها لغو في الشرع، لا يصح منه إيمان، ولا كفر، ولا عقد من العقود، ولا شيء من الأقوال باتفاق المسلمين، وكذلك النائم إذا تكلم في منامه فأقواله كلها لغو][(٢)] اهـ

فبين رحمه الله أن غير العاقل لا يصح منه أي عقد من العقود، وهذا عام يشمل عقود المعاوضات المالية، وعقود التبرعات، وعقود الإرفاق، وعقود التوثيق، وهكذا الأنكحة، وما يتعلق بها، وبهذا يتبين أن المجنون إذا تصرف فإن تصرفه غير معتبر باتفاق المسلمين بحمد الله، وقد نقل الإمام محيي الدين النووي رحمه الله الإجماع كذلك على عدم صحة بيع

---

(١) العقل: هو الحِجْر، والنُّهى ضد الحمق، يقال: عقل، يعقل، عقلاً؛ إذا عرف ما كان يجهله قبل، أو انزجر عما كان يفعله، ورجل عاقل: هو الجامع لأمره، ورأيه، وقيل: العاقل الذي يحبس نفسه، ويردها عن هواها، وقوم عقلاء، ورجل عقول: إذا كان حسن الفهم، وافر العقل، وسمي العقل عقلاً؛ لأنه يعقل صاحبه عن التورط في المهالك؛ أي يحبسه. معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦٩/٤، لسان العرب لابن منظور ٤٥٨/١١، المصباح المنير للفيومي ١٦٠.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١١٥/١٤، ٣٠٣/٣١.

المجنون، والمغمى عليه فقال:[والمجنون لا يصح بيعه بالإجماع، وكذا المغمى عليه][1]اهـ

فبناء على ما تقدم فإن غير العاقل كالمجنون، ومن زال عقله بنوم، أو إغماء لا تكون أقواله ملزمة له، وهذا من يسر الشريعة الإسلامية، وسماحتها، فإن أمثال هؤلاء لو ألزموا بما قالوا من عقد، أو تبرع، أو غيرها من العقود؛لترتب الضرر المجحف بهم، وبذويهم من زوال ملكهم عما في أيديهم بالتصرف فيه دون تحقيق للمصلحة في ذلك التصرف.

الشرط الثاني:أن يكون كل من الملزِم والملزَم مميزاً [2]:

إن غير المميز لا يدرك العواقب التي تترتب على ما يصدر منه من قول، أو فعل، فلا يبالي بما يتلفظ به، أو يفعله؛ولهذا فقد حمت الشريعة الإسلامية حق ذلك الصغير الذي لم يميز بعدم القبول، أو الاعتراف بما يصدر منه من عقود، وإذا أدرك الناس عدم قبول الشريعة للعقود التي يبرمها غير المميز؛فإنهم لن يقدموا على التعاقد معه، وإذا تقرر ذلك فإن جميع ما يصدر من غير المميز من عقود فإنها غير معتبرة في الإلزام بها، سواء كانت عقود معاوضة مالية، أو تبرع، أو إرفاق، أو توثيق، أو نكاح، وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله، وقد نقل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله اتفاق المسلمين على أن الطفل الذي لا يميز أقواله كلها لغو في الشرع، وذلك في قوله رحمه الله:[والطفل الذي لا يميز فأقواله كلها لغو في الشرع، لا يصح منه إيمان، ولا كفر، ولا عقد من العقود، ولا شيء من الأقوال باتفاق المسلمين][3]اهـ

وقال الإمام بدر الدين الزركشي رحمه الله:[أما غير المميز فهو مسلوب الأقوال والأفعال][4]اهـ

---

(١)المجموع للنووي ١٨١/٩، ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٣٥/٥، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٠٤/٤، ٣٤١/٥، الذخيرة للقرافي ٢١/٤، ٣٧٢/٥، ٦/٦، ٢٢٣، حاشية الدسوقي ٢/٣، ٢/٤، الحاوي الكبير للماوردي ٣٩١/٧، ٥٣٤، مغني المحتاج للشربيني ١٠/٢، ١٦٦، ٤٤٩، المقنع لابن قدامة ٤/٢، ١١٣/٣، الشرح الكبير لابن قدامة ١٣٣/٣ .

(٢)التمييز في اللغة :مأخوذ من قولهم:ماز الشيء مَيْزاً تقول:مزت الشيء أميزه ميزاً، إذا عزلته، وفرقته عن غيره .وميَّز بالتثقيل مبالغة، وفي الاصطلاح:سن إذا انتهى إليها الإنسان عرف مضاره، ومنافعه. لسان العرب لابن منظور ٤١٢/٥، المصباح المنير للفيومي ٢٢٤، الإنصاف للمرداوي٣٩٥/١، المجموع للنووي١٤٥/٤.

(٣)مجموع الفتاوى لابن تيمية ١١٥/١٤، ٣٠٣/٣١.

(٤)المنثور في القواعد للزركشي ٣٠١/٢، بدائع الصنائع للكاساني ١٣٥/٥، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٠٤/٤، الذخيرة للقرافي ٢٠٩/١٠، الخرشي على مختصر خليل ٨/٣، حاشية الدسوقي ٢/٤، المجموع للنووي ١٨٢/٩، المقنع لابن قدامة ٤/٢، كشاف القناع للبهوتي ١٥/٣ .

فلو تصورنا عقد البيع من غير المميز أدركنا مدى الضرر الذي سيلحقه في ماله، لزوال ملكه عن المبيع الذي قد يكون من المصلحة عدم بيعه، وقد يبيعه بثمن هو أقل مما يستحقه ذلك المبيع، وكذا لو صدر منه عقد تبرع، أو إرفاق، كهبة، أو عارية، أو قرض، فقد يكون في حاجة ماسة لما تبرع به أشد من حاجة من تبرع له، أو رفق به، وفي النكاح قد يعقد الصغير على امرأة بمهر يفوق مهر المثل بكثير، كما أن الصغيرة قد ترتبط برجل غير مناسب لفساد دينه، أو عدم أهليته لمثلها؛ إذاً فعدم اعتبار أقوال غير المميز من يسر الشريعة الإسلامية وسماحتها فإن الطفل الذي لا يميز لا يعرف الضرر من غيره؛ ولذا جاءت الشريعة الإسلامية بعدم قبول أقواله حماية له، ولحقوقه.

إذا تقرر ذلك فهل للتمييز سن إذا بلغه الصغير حكم له بكونه مميزاً، أو ليس له سن محدد ؟ لقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول: أن التمييز محدد بالسن، وهي سبع سنين، فإذا بلغ الطفل سبع سنين فإنه يعتبر مميزاً، وهو قول جمهور الحنابلة، [١] وبعض الشافعية، [٢] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرداوي[٣] الحنبلي رحمه الله: [وأما إن كان مميزاً، أو هو ابن سبع سنين عند الجمهور] اهـ [٤]

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله: [والتمييز لسبع من السنين] اهـ[٥]

القول الثاني: أن التمييز غير محدد بسن معينة؛ لأن الصبيان يختلفون في وقت حصول التمييز لهم، فمنهم من يحصل له ذلك، وهو ابن سبع، ومنهم من لا يميز، وإن بلغ سبعاً، أو

---

(١) الإنصاف للمرداوي ١/٣٩٥، التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح للشويكي ١/٢٧١.

(٢) المجموع للنووي ٤/١٤٥، مغني المحتاج للشربيني ١/١٨٣.

(٣) هو الإمام أبو الحسن علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد بن محمد السعدي الصالحي المرداوي، ولد بمردا بفلسطين سنة ٨٧١هـ، ونشأ بها، ثم رحل إلى الخليل، فاشتغل بالعلم، كان فقيهاً، حافظاً لفروع المذهب، انتهت إليه رياسة المذهب، تولى القضاء فحسنت سيرته، وعظم أمره، توفي رحمه الله بصالحية دمشق سنة ٨٨٥هـ . (شذرات الذهب لابن العماد ٧/٣٤٠، الضوء اللامع للسخاوي ٥/٢٢٥).

(٤) الإنصاف للمرداوي ١/٣٩٥.

(٥) مغني المحتاج للشربيني ١/١٨٣.

عشراً،[1] وهو قول المالكية،[2] والشافعية،[3] رحمهم الله، وأصحاب هذا القول اختلفوا في ضبط التمييز على أقوال:

وبعض الحنابلة الإنصاف ١/٢٩٥

الأول: أن يصير الطفل بحيث يأكل، ويشرب، ويستنجي لوحده .

الثاني: إذا عرف شماله من يمينه، وعرف ما يضره، وينفعه.[4]

الثالث: إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه، وأحسن الجواب عنه .[5]

الرابع: إذا أثغر[6] الطفل بمعنى بدأ في طرح أسنانه اللبنية .[7]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بتحديد سن التمييز بسبع؛ لورود السنة عن النبي صلى الله عليه و سلم بأمر الأولاد بالصلاة في هذه السن بقوله: (مروا أولادكم بالصلاة، وهم أبناء سبع) الحديث[8]؛ مما يدل على أنه وقت تمييز، وأن الصبي وصل إلى حد يميز فيه الأمور؛ وإلا لما أمر بهذه العبادة الشريفة، ولأنه لم يرد تحديد بما دونه؛ ولذا يعتبر حداً شرعياً في معرفة التمييز.

---

(١) المجموع للنووي ١٤٥/٤، ينظر حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٤١٧/١ .

(٢) المدونة لسحنون ٩٩/١، الخرشي على مختصر خليل ٨/٣.

(٣) المجموع للنووي ١٤٥/٤.

(٤) مغني المحتاج للشربيني ١٨٣/١.

(٥) الخرشي على مختصر خليل ٨/٣.

(٦) الثغر هو المبسم، ثم أطلق على الثنايا، وإذا كسر ثغر الصبي قيل : ثغر. المصباح المنير للفيومي٣٢.

(٧) المدونة لسحنون ٩٩/١ .

(٨) رواه الإمام أحمد في المسند ٢٨٥/١١، وأبو داود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الصبي بالصلاة، سنن أبي داود ١٣٣/١، والترمذي ، كتاب الصلاة، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة، سنن الترمذي ٢٥٩/٢، والدارقطني، كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلوات، والضرب عليها، سنن الدارقطني ٢٣٠/١، والدارمي، كتاب الصلاة ، باب متى يؤمر الصبي بالصلاة، سنن الدارمي ٣٣٣/١، وابن أبي شيبة ، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الصبي بالصلاة، مصنف ابن أبي شيبة ٣٤٧/١، وصححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل ٢٦٦/١، وحسنه محققوا مسند الإمام أحمد، المسند ٢٨٥/١١.

الشرط الثالث: أن يكون كلُ من الملزِم والملزَم راضياً [(١)]:

الرضى ضد الإكراه، والمكره على فعل أمر أو التلفظ بقول يكون معدوم الإرادة والقصد، فهو يفعل ما أكره عليه دون رغبة منه في حصول الآثار المترتبة على ما أكره عليه، ولو قيل بقبول التصرف مع الإكراه لكان ذلك طريقاً يسلكه كل من أراد شيئاً من غيره وعلم أنه لن يستجيب لمراده، فلا يستطيع بعد ذلك الاعتراض على ما صدر منه بأنه مكره عليه، لكن لما حفظت الشريعة الإسلامية حق المكره، ولم تعتبر أقواله، وأفعاله إلا بعد زوال أسباب الإكراه؛ فقد قطعت الطريق أمام أمثال هؤلاء؛ ولهذا اتفق العلماء رحمهم الله على اشتراط الرضى في كل من الملزِم والملزَم، ودليل ذلك في البيع قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء:٢٩]، فقد نصت الآية الكريمة على اشتراط الرضى في التجارة وهي تعم كل معاوضة[(٢)]، ولما كان المتعاقدان طرفين فيها نصت على اشتراط الرضى منهما معاً في قوله سبحانه: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ فهذا شامل للبائع والمشتري اللذين هما طرفا العقد، فدل هذا على وجوب وجود الرضى منهما.

وكما نصت الآية على اعتبار الرضى في عقد البيع، فإنه أصل في اعتبار الرضى في جميع عقود المعاوضات، ولذا نجد الفقهاء رحمهم الله ينصون في كتبهم على لزوم وجود الرضى من طرفي العقد الملزِم والملزَم، ويشهد لذلك ما يلي:

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [ومنها - أي شروط صحة البيع - الرضا][(٣)] اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [يشترط رضا المحال لأنه إبطال

---

(١) في اللغة: مصدر رضى، يرضى، رضىً، والرضوان بكسر الراء، وضمها بمعنى الرضى وهو خلاف السخط، وفي الاصطلاح: هو نهاية الاختيار بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها. معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٠٢/٢، لسان العرب لابن منظور ٣٢٣/١٤، المصباح المنير للفيومي ٨٧، التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٩٥/٢، ينظر حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٠٧/٤ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٥٢/٥، مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ١٥٥/٢٩ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٦/٥.

حق له كالبيع](1)اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به حتى لا يكونا مكرهين ولا أحدهما](2)اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في البيع :[و لا يصح إلا بشروط سبعة :أحدها التراضي به، وهو أن يأتيا به عن اختيار] اهـ (3)

وكما اعتبرت الشريعة الإسلامية الرضا في عقد البيع كذلك اعتبرته لعقود الأنكحة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة:٢٣٢] .

قال الإمام أبو عبد الله القرطبي رحمه الله: [فالخطاب إذاً في قوله تعالى: ﴿ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ للأولياء، وأن الأمر إليهم في التزويج مع رضاهنّ] اهـ (4)

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في شروط النكاح:[رضا الزوجين، فإن لم يرضيا أو أحدهما لم يصح](5)اهـ

هذه النصوص وإن اختلفت في عباراتها، إلا أنها متفقة في مضمونها فقد سبق ذكر الآية التي اشترطت الرضى، فمن عبر منهم بالرضى فقد راعى لفظ الآية الكريمة، وأما من عبر بالاختيار فقد راعى معنى الرضى، وأنه يقوم على الاختيار كما تقدم في التعريف، وأما من عبر بالطواعية فإن الطوع فيه الاختيار، وعلى هذا فاشتراط الرضى متفق عليه عند أهل العلم رحمهم الله وهو يعرف بالأمور الظاهرة التي تدل عليه .

وقد جعلت الصيغة أمارة على حصول الرضى في المتعاقدين فإن كان هناك ما يفسد الرضى فإن العاقدين (الملزم والملزم) لا يلزمان به.ويتحقق انعدام الرضى بالإكراه وانتفاء

---

(١)الذخيرة للقرافي٢٤٣/٩، الخرشي على خليل ٧/٣، بلغة السالك للصاوي٣/٢ .

(٢)الحاوي الكبير للماوردي ١٣/٥ .

(٣)المقنع لابن قدامة٤/٢.

(٤)الجامع لأحكام القرآن القرطبي١٥٨/٣.

(٥)المقنع لابن قدامة١٤/٣، كشاف القناع ٢٤٩/٣ .

القصد وحينئذ يكون انعدام الرضى مانعاً من اللزوم كما يتبين ذلك في الباب الثالث وهو في موانع اللزوم[١] .

الشرط الرابع:أن يكون كل من الملزم والملزم حراً [٢]:

جعل الله تعالى الأصل في بني آدم أنهم أحرار،لكن الرق قد يقوم ببعضهم لسبب أو لآخر،فإذا أصاب الرق إنساناً فإنه يكون ناقص الأهلية؛إذ هو محجور عليه لحق سيده فلا يتصرف في شيء من العقود[٣]،فهو وما يملكه لسيده ولهذا اشترط أهل العلم رحمهم الله في العاقد أن يكون حراً،فإن لم يكن حراً بأن كان عبداً رقيقاً لسيده فلا يخلو تصرفه من حالتين:

الحالة الأولى:أن يكون غير مأذون له في التصرف:فإذا قام العبد بالعقد سواء كان عقد معاوضة كالبيع،والإجارة،أو عقد تبرع كالهبة،والوقف،أو عقد توثيق كالضمان،أو عقد نكاح،دون أن يأذن له سيده بذلك،فإن العقد في هذه الحالة غير لازم باتفاق المذاهب الأربعة؛لأنه صدر من غير المالك،فالعبد وما يملك لسيده،ثم إن السيد لا يكون ملزَماً بهذه العقود المبرمة على هذا الوجه،وقد نص العلماء رحمهم الله على ذلك،وتظهر نصوصهم جلية من خلال النقول التالية:

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله :[وينعقد بيع المحجور إذا باع مال مولاه موقوفاً على إجازته][٤]اهـ

---

(١)ينظر ص ٤٩٤.

(٢)الحُر بالضم نقيض العبد،والجمع أحرار،والحرة نقيض الأمة،يقال:حَرَّ العبد يَحَرُ أي صار حراً،والأصل في الآدميين الحرية؛فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق لعارض،والرق:عجز حكمي يقوم بالإنسان سببه الكفر . لسان العرب لا بن منظور ١٨١/٤،المصباح المنير للفيومي ٥٠،المغني لابن قدامة٣٥١/٨،حاشية البقري على الرحبية٣٦،العذب الفائض لإبراهيم بن عبد الله ٢٣/١،ينظر: التعريفات للجرجاني١١٦.

(٣)بداية المجتهد٢٥٧/٥.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني١٣٥/٥،حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٠٤/٤ .

وقال الإمام أبو عبد الله الحطاب المالكي[١] رحمه الله: [إذا باع العبد بغير إذن سيده أو اشترى فللسيد رده وإجازته][٢] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [والعبد إن لم يؤذن له في التجارة لا يصح شراؤه بغير إذن سيده في الأصح][٣] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [... ولأن المميز عاقل محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد الكبير فلو تصرف بلا إذن لم يصح][٤] اهـ

وإن كان ما أبرمه العبد عقدا يقصد به التوثيق، كالكفالة، أو الضمان فهو كذلك غير لازم للسيد، وعبده.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [.ومنها الحرية وهي شرط نفاذ فلا تجوز كفالة العبد محجوراً كان أو مأذوناً له في التجارة][٥] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس[٦] المالكي رحمه الله: [ولا يجوز ضمان عبد مأذون ولا غير مأذون][٧] اهـ

وقال الإمام محي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [وضمان عبد بغير إذن سيده باطل][٨] اهـ

---

(١) هو الإمام أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني الحطاب، ولد رحمه الله سنة ٩٠٢ هـ ، أخذ العلم عن كبار العلماء في وقته، حتى برز على قرنائه، وفاق إخوانه في الطلب، توفي رحمه الله سنة ٩٥٤ هـ .(شجرة النور الزكية لمخلوف ٢٧٠، هدية العارفين للبغدادي ٢٤٢/٢) .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٢٤٧/٤.

(٣) منهاج الطالبين للنووي ١٣٤/٢ ~~، الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٩/٥~~.

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٤٥٧/٣ .

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٦.

(٦) هو الإمام جلال الدين أبو محمد عبدالله بن نجم بن شاس الجذامي السعدي المصري، كان ذا ورع، وتحرٍ، مقبلٌ على الحديث، والتفقه فيه، درّس بمصر، وافتى، توفي رحمه الله غازياً بثغر دمياط سنة ٦١٦ هـ (البداية والنهاية لابن كثير ٨٦/١٣، سير أعلام النبلاء للذهبي ٩٨/٢٢).

(٧) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٥٤/٢.

(٨) منهاج الطالبين للنووي ٢٧٠/٢.

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ولا يصح الضمان من عبد بغير إذن سيده][(١)] اهـ

ويلاحظ أن علماء الحنفية، والمالكية رحمهم الله لم يعتدوا بتصرف العبد حتى مع إذن سيده في الكفالة، والضمان، ففي البيع جعلوا العقد موقوفاً على نظر السيد، فيكون العقد في هذه الحالة عقداً موقوفاً، وأما الكفالة فلا تصح عندهم مطلقاً سواء أذن له، أو لم يأذن.

وإن كان ما أبرمه العبد عقد نكاح، كأن يتزوج العبد بغير إذن سيده، فالعقد كذلك غير لازم، وقد نص أهل العلم رحمهم الله على عدم لزومه ومن تلك النصوص ما يلي:

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في شروط النكاح: [ومنها أن يكون حراً، فلا يجوز نكاح مملوك بالغ عاقل إلا بإذن سيده][(٢)] اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله في شروط النكاح: [الحرية فلا يستقر نكاح العبد بغير إذن سيده][(٣)] اهـ

وقال الإمام محي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ونكاح عبد بغير إذن سيده باطل][(٤)] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله : [ويشترط في الولي... ، حرية أي كمالها؛ لأن العبد، والمبعَّض لا يستقلان بالولاية على أنفسهما فعلى غيرهما أولى][(٥)] اهـ

وبهذا يتضح أن العبد إذا لم يكن مأذوناً له، فلا يلزم عقده عموماً، ولا يشكل على هذا مسألة صحة عقد البيع من العبد؛ لأن من جعل العقد صحيحاً جعله موقوفاً على إجازة السيد ، فأصبح اللزوم في العقد موقوفاً على ذلك الإذن.

الحالة الثانية: أن يكون مأذوناً له في التصرف: فإن كان هذا الإذن في العقود التي يقصد بها المعاوضة، فإن أهل العلم من المذاهب الأربعة رحمهم الله متفقون على صحة تصرفه.

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٦٦.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣٢.

(٣) الذخيرة للقرافي ٤/٢٠٤.

(٤) منهاج الطالبين للنووي ٣/٢٢١.

(٥) كشاف القناع للبهوتي ٥/٥٣.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في البيع: [والحرية ليست بشرط لانعقاد البيع، ولا لنفاذه حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالإجماع][(١)] اهـ

وقال الإمام شمس الدين الحطاب المالكي رحمه الله في البيع: [وخرج باشتراط الرشد ...، والعبد البالغ الذي لم يؤذن له][(٢)] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [القسم الرابع وهو من يصح منه الشراء بإذن ...، فهو العبد يصح شراؤه بإذن سيده][(٣)] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله في البيع: [ولسيد عبد مميز، أو بالغ الإذن لهما في التجارة][(٤)] اهـ

كما أن العلماء من المذاهب الأربعة رحمهم الله متفقون على جواز تصرف العبد إذا كان مأذوناً له في عقود المعاوضات، فقد اتفقوا كذلك على جواز تصرفه بإذن سيده في عقد النكاح.

قال الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله في النكاح: [ومنها أن يكون حراً، فلا يجوز نكاح مملوك بالغ عاقل إلا بإذن سيده][(٥)] اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله في النكاح: [الحرية فلا يستقر نكاح العبد بغير إذن سيده][(٦)] اهـ

وقال الإمام محي الدين النووي الشافعي رحمه الله في النكاح: [ونكاح عبد بغير إذن سيده باطل][(٧)] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله في النكاح: [ويشترط في الولي...، حرية

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٥/٥.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٢٤٦/٤.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٩/٥.

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٤٥٧/٣.

(٥) المصدر السابق ٢٣٣/٢.

(٦) الذخيرة للقرافي ٢٠٤/٤.

(٧) منهاج الطالبين للنووي ٢٢١/٣.

أي كمالها؛لأن العبد،والمبعض لا يستقلان بالولاية على أنفسهما فعلى غيرهما أولى][1]اهـ

فظهر من هذه النصوص أن ما يعقده العبد من عقد معاوضة،أو نكاح بإذن سيده،فإن تصرفه في ذلك صحيح،وإذا صح تصرف العبد إذا كان بإذن سيده،فقد لزمه،ولزم السيد بحكم إذنه للعبد.

أما إذا كان الإذن في العقود التي لا يقصد بها العوض،كأن يكون عقد تبرع،أو توثيق فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في تصرف العبد المأذون له على ثلاثة أقوال:

القول الأول:أن عقد التبرع،و التوثيق الذي يبرمه العبد المأذون له صحيح لازم،وهو مذهب الشافعية[2]،والحنابلة[3]،رحمهم الله.

قال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله:[ثم شرع في محترز قوله(حر) فقال(و لا رقيق) فلا تصح وصيته سواء كان قناً،أم مدبراً،أم مكاتباً لم يأذن له سيده][4]اهـ

وقال الإمام محي الدين النووي الشافعي رحمه الله في الضمان:[وضمان عبد بغير إذن سيده باطل][5]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[ولا يصح الضمان من عبد بغير إذن سيده][6]اهـ

وقال رحمه الله في الهبة والعطية:[ويجوز الهبة من العبد بإذن سيده][7]اهـ

القول الثاني:أن عقد التبرع،والتوثيق الذي يبرمه العبد المأذون له صحيح،لكنه متوقف على إجازة السيد،وهو مذهب الحنفية[8]،المالكية[9]رحمهم الله.

---

(١)المصدر السابق٥/٥٣.

(٢)الوجيز للغزالي٢/٢٩٣،روضة الطالبين للنووي١٢/٢٨٠،وهو منصوص الأم.

(٣)كشاف القناع للبهوتي٤/٣٠٣.

(٤)مغني المحتاج للشربيني٣/٥٠ .

(٥)منهاج الطالبين للنووي٢/٢٧٠.

(٦)كشاف القناع للبهوتي٣/٣٦٦.

(٧)المصدر السابق٣/٣٠٣ .

(٨)بدائع الصنائع للكاساني٦/٢١٩،حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/٣٤٠.

(٩)بداية المجتهد لابن رشد٥/٣١،مواهب الجليل للحطاب٤/٢٤٧.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في الوقف:[أما الذي يرجع إلى الواقف ... ،منها الحرية فلا يملكه العبد... ،وسواء كان مأذوناً ،أو محجوراً][1]اهـ

وقال رحمه الله في الكفالة :[..ومنها الحرية ،وهي شرط نفاذ ،فلا تجوز كفالة العبد محجوراً كان، أو مأذوناً له في التجارة][2] اهـ

وجاء في المدونة في كفالة العبيد بغير إذن ساداتهم ما نصه:[وانظر كل معروف صنعه هؤلاء من كفالة ،أو حمالة ،أو صدقة ،أو هبة ،أو عطية ،أو عتق ،أو غير ذلك من الأشياء مما هو معروف عند الناس؛فإن ذلك إذا رده السيد قبل أن يعتق العبد فإنه مردود][3]اهـ

القول الثالث:أن عقد التبرع الذي يبرمه العبد المأذون له غير صحيح ،وهو قول للشافعية[4] ،رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[فإن وهب بغير إذن سيده كان مردود الهبة ،وإن وهب بإذنه ففي صحته قولان ..][5]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(يلزم عقد التبرع من العبد المأذون له) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن الموهوب ونحوه لا يتجاوز السيد وعبده ،وهو موقوف عليهما مع التصرف فيه باجتماعهما كالشريكين.[6]

الوجه الثاني:أن الحجر لحق السيد فإذا أذن فقد رضي بإسقاط حقه.[7]

دليل القول الثاني:(عقد التبرع ،والتوثيق من العبد المأذون له متوقف على إجازة السيد) استدلوا بالعقل من وجهين:

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٦/٢١٩، قال ابن عابدين [ولو أجاز المالك وقف فضولي جاز .] ٤/٣٤١

(٢)المصدر السابق٦/٦.

(٣)المدونة للإمام سحنون٤/١٤٣.

(٤)الوجيز للغزالي٢/٢٩٣ ،روضة الطالبين للنووي١٢/٢٨٠ ،وهو منصوص الأم.

(٥)الحاوي الكبير للماوردي١٨/٢٣٦.

(٦)المصدر السابق ١٨/٢٣٧.

(٧)كشاف القناع للبهوتي٤/٣٠٢ .

الوجه الأول:أن عقود التبرعات ليست من باب التجارة،و لا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون،كما لا يملك الصدقة،والهبة،والإعتاق.(١)

الوجه الثاني:أن في هذه العقود إزالة للملك،والعبد ليس من أهل الملك. (٢)

دليل القول الثالث: (لا يصح عقد التبرع،والتوثيق من العبد المأذون له) استدلوا بالعقل فقالوا:إن ملك المكاتب ضعيف،وملك الموهوب له قوي،فلم يجز أن يحدث عن الضعيف ما هو أقوى منه. (٣)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري والعلم عند الله،هو القول بصحة عقود التبرعات من العبد المأذون له من سيده؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل العقل.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه بأن التبرع وإن لم يكن من التجارة فإن عدم صحة عقده لحق سيده وقد رضي بإسقاط حقه حيث أذن له بالتبرع.

ثالثاً:أما استدلالهم بالوجه الثاني من العقل فيجاب عنه بأن العبد وإن كان من غير أهل الملك،إلا أن صاحب الملك أذن له في إزالة الملك،فكان زوال الملك من السيد عن طريق عبده.

رابعاً:أما استدلال أصحاب القول الثالث بالعقل فيجاب بأنه لا يسلم بأن ملك المكاتب مع إذن سيده ضعيف،فإن إذن السيد للعبد في التصرف،يجعلهما بمثابة الشريكين،فيصح تصرف كل منهما على حدة في حق صاحبه،بموجب إذنه له بعقد الشركة،فكذلك هنا.

وبهذا يظهر أن الحرية شرط في لزوم العقد،سواء كان عقداً يقصد به المعاوضة،أو عقد تبرع،أو عقد توثيق،أو نكاح،فإذا كان العاقد غير حر فالعقد غير لازم للسيد،أما إذا كان تصرف العبد صادراً عن إذن من السيد فإن العبد يكون في هذه الحالة كمن وكل إليه أن يعقد؛لأن السيد حينما أذن له جعله بمثابة الوكيل عنه في ذلك التصرف فيكون لازماً.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٦/٢١٩.

(٢)المصدر السابق.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي١٨/٢٣٧.

الشرط الخامس:أن يكون كل من الملزم والملزم بالغاً [١]:

لما كانت مسؤولية الالتزام في العقود تترتب عليها كثير من الأحكام الشرعية، وجب أن يكون كل من الملزِم والملزَم أهلاً لتحمل تلك التبعات، وما ينشأ عن هذه العقود من آثار، وهذا يفتقر بطبيعة الحال إلى العقل، والإدراك الذي عن طريقه يستطيع أن يميز الأمور، وما ينتج عنها، والعقل لا يكتمل إلا بالبلوغ، ولذا نجد الشريعة الإسلامية قد أكدت ذلك بالحجر على الصبي [٢]، فلا يتصرف في حقوقه صيانة له، وحفاظاً لحقوقه من الضياع، واشترطت لفك الحجر عنه أن يبلغ ويحسن التصرف .

ولهذا فلا بد من توفر شرط البلوغ في كل من الملزِم والملزَم في العقود أياً كان نوع العقد فلا يلزم العقد إذا كان أحدهما غير بالغ.[٣]

فإن كان العقد عقد معاوضة كالبيع فقد قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي [٤] رحمه الله:[وتصرف الذي يعقل إن أجازه وليه، أو كان أذن له يجوز][٥] اهـ

وقال الإمام شمس الدين الحطاب المالكي رحمه الله:[إذا باع السفيه أو اشترى، أو الصغير في حال حجره بغير إذن وليه، فإنه يصح ويوقف على نظر وليه][٦] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[أما الصبي فشراؤه باطل عندنا، ولا

---

(١)البلوغ:مصدر بلغ، يَبْلغ، بلوغاً وهو الوصول إلى الشيء يقال:بلغ الطفل، إذا احتلم، وأدرك، كأنه بلغ وقت الكتابة عليه، والتكليف، وفي الاصطلاح:قوة تحدث للشخص تنقله من حال الطفولة إلى حال الرجولة. معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٠١/١، لسان العرب لابن منظور ٤٢٠/٨، المصباح المنير للفيومي ٢٤، شرح الزرقاني على مختصر خليل ٢٩٠/٥ .

(٢)بداية المجتهد لابن رشد٢٥٦/٥.

(٣)مجمع الأنهر لدامادأفندي٣/٢، التلقين للقاضي عبدالوهاب٣٦١/٢، مغني المحتاج للشربيني١٠/٢، المقنع لابن قدامة٤/٢.

(٤)هو الإمام أبو الفضل مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، ولد رحمه الله سنة ٥٩٩ هـ بالموصل، ولي قضاء الكوفة، ثم رجع إلى بغداد سنة ٦٦٧ هـ ، حيث توفي رحمه الله بها سنة ٦٨٣ هـ (الجواهر المضية للقرشي ٢٩١/١، هدية العارفين للبغدادي ٤٦٢/١) .

(٥)الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٩٤/٢ .

(٦)مواهب الجليل للحطاب ٢٤٦/٤ .

يقف على إجازة الولي][1]اهـ

وقال الإمام منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[فلا يصح تصرفهم أي الصبي ... ،في أموالهم ولا ذممهم قبل الإذن][2]اهـ

وإن كان العقد مما يقصد به التوثيق فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في الكفالة: [أما الذي يرجع إلى الكفيل....،ومنها البلوغ...،فلا تنعقد كفالة الصبي،والمجنون...][3]اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله في أركان الضمان:[الضامن وفي الجواهر شرطه صحة العبارة،وقاله الأئمة احترازاً من الصبي والسفيه لعدم ذمتهما..][4]اهـ

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله:[وشرط العاقد من راهن،ومرتهن كونه مطلق التصرف،أي بأن يكون من أهل التبرع مختاراً كما في البيع ونحوه ..][5]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله :[ولا يصح الضمان إلا من جائز التصرف،فلا يصح ضمان من ... ،ولا صبي] اهـ[6]

وإن كان العقد مما يقصد به التبرع كالهبة ونحوها فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[أما ما يرجع إلى الواهب فهو أن يكون ممن يملك التبرع؛لأن الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي ..] اهـ[7]

وقال الإمام جلال الدين بن شاس المالكي رحمه الله في أركان الهبة:[الواهب وهو كل من له أهلية التبرع فلا هبة لمحجور] اهـ[8] وجاء في حاشية الشيخ محمد الدسوقي رحمه

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي٥/٣٦٨ .

(٢)كشاف القناع للبهوتي٣/٤٤٢ .

(٣)بدائع الصنائع للكاساني٦/٥.

(٤)الذخيرة للقرافي٩/١٩٢.

(٥)مغني المحتاج للشربيني٢/١٦٧.

(٦)كشاف القناع للبهوتي٣/٣٦٦.

(٧)بدائع الصنائع للكاساني٦/١١٨.

(٨)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٣/٦١.

الله:[فخرج السفيه و الصبي] اهـ [١]

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله:[وشرط الهبة لتتحقق عاقدان كالبيع..ولهما شروط فيشترط في الواهب الملك،وإطلاق التصرف في ماله،فلا تصح من ولي في مال محجوره][٢]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[ويعتبر في الهبة أن تكون من جائز التصرف فلا تصح من صغير ولا سفيه ولا عبد كسائر التصرفات] اهـ [٣]

وإن كان العقد عقد نكاح فكذلك لا يلزم العقد إما لعدم صحته،أو لتوقفه على إذن ولي الصغير،قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في النكاح:[أن يكون العاقد بالغاً،فإن نكاح الصبي العاقل،وإن كان منعقداً على أصل أصحابنا فهو غير نافذ بل نفاذه يتوقف على إجازة وليه][٤]اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله في شروط النكاح:[البلوغ ففي الكتاب إذا تزوج صبي يقوى على الجماع بغير إذن أبيه،أو وصيه إن أجازه وليه جاز كبيعه، وشرائه][٥]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[ولا يصح النكاح إلا من جائز التصرف،فأما الصبي،والمجنون فلا يصح منهما عقد النكاح][٦]اهـ

وقال الإمام أبو الفرج ابن قدامة[٧] الحنبلي رحمه الله:[وإذا زوج الصغير،والمجنون فإنه

(١)حاشية الدسوقي٤/٩٨.

(٢)مغني المحتاج للشربيني٢/٥٣٨،وفي الوقف صرح بخروج الصبي،والسفيه من شرط صحة العبارة٢/٥١١.

(٣)كشاف القناع للبهوتي٤/٢٩٩.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني٢/٢٣٣.

(٥)الذخيرة للقرافي٤/٢٠٦.

(٦)المهذب للشيرازي٢/٣٤.

(٧)هو الإمام أبو الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي،ولد في دمشق سنة ٥٩٧هـ،ولي القضاء على كره مدة من الزمن،ثم عزل نفسه،كان عديم النظير علماً،وحلماً،وزهداً،وكان معظماً عند الخاص،والعام،توفي رحمه الله سنة٦٨٢ هـ،(البداية والنهاية لابن كثير١٣/٣٠٢،شذرات الذهب لابن العماد٥/٣٧٦،فوات الوفيات للكتبي٢/٢٩١).

يقبل لهما النكاح،ولا يأذن لهما في قبوله لأنهما ليسا من أهل التصرفات][1]اهـ

فتبين مما سبق من النصوص المختلفة أن العقد أياً كان نوعه، إذا صدر من غير بالغ يكون عقداً غير لازم،وحينئذ إما أن نحكم بعدم صحته؛لصدوره ممن هو غير أهل للعقد ،وإما أن نحكم بكونه موقوفاً على إجازة ولي الصغير،فالعقد إذاً على كلا المنهجين غير لازم،فكان البلوغ في الملزِم والملزَم شرطاً في الإلزام على وجه العموم في العقود عند الجميع .

وإذا ثبت ما سبق من اشتراط البلوغ في الملزِم والملزَم،فإنه يرد السؤال عن الإلزام قبل البلوغ هل هناك استثناء له أم لا ؟والجواب على ذلك أن للعلماء رحمهم الله في ذلك قولين:

القول الأول:أن تصرف الصبي المميز الذي لم يبلغ يصح إذا كان مأذوناً له،وهو مذهب الحنفية[2]،والمالكية[3]،والحنابلة[4]،ووجه عند الشافعية[5]،رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وكذا يجوز الإذن للصبي الحر بالتجارة إذا كان يعقل التجارة][6]اهـ

وقال الإمام شمس الدين الحطاب المالكي رحمه الله:[خرج باشتراط الرشد كل محجور عليه كالصغير،والسفيه،والعبد البالغ الذي لم يؤذن له][7]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه][8]اهـ

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله بعد ذكر الإمام النووي رحمه الله أن

---

(1)الشرح الكبير لابن قدامة٤/١٧٣.

(2)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٩٣.

(3)مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٤٦.

(4)المغني لابن قدامة٦/٦٠٩.

(5)الحاوي الكبير للماوردي٦/٣٥٠،المجموع للنووي ٩/١٨٢ ،مغني المحتاج للشربيني٢/٢٣٤.

(6)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٩٣.

(7)مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٤٦.

(8)المغني لابن قدامة٦/٦٠٩.

الأصح لا يصح عقد الصبي ولو كان بإذن:[والثاني :يصح عقده للحاجة] [١] اهـ

القول الثاني:أن تصرف الصبي الذي لم يبلغ لا يصح،ولو كان مأذوناً له،وهو مذهب الشافعية[٢]،ورواية عن الإمام أحمد[٣]،رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[الصبي لا يصح بيعه،ولا شراؤه،ولا إجارته،وسائر عقوده،لا لنفسه،ولا لغيره،سواء باع بغبن،أو غبطة،سواء كان مميزاً،أو غير مميز،وسواء باع بإذن الولي،أو بغير إذنه][٤]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله بعد قول الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:ووقت الاختبار قبل البلوغ:[وهذا المذهب بلا ريب،وعليه أكثر الأصحاب،وقطع به كثير منهم،وعنه:بعده] [٥] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (يصح تصرف الصبي الذي لم يبلغ إذا كان مأذوناً له)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء:٦].

وجه الدلالة:أن ظاهر الآية يدل على أن الصبي يختبر قبل البلوغ؛لأن الله تعالى سماهم يتامى،ولا يكون إلا قبل البلوغ،ولأن الله تعالى مد اختبارهم إلى البلوغ بلفظة حتى،فدل على أن الاختبار قبله،والاختبار لا يكون إلا بالإذن له في التصرف. [٦]

---

(١)مغني المحتاج للشربيني٢/٢٣٤.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي٦/٣٥٠،المجموع للنووي ٩/١٨٢،مغني المحتاج للشربيني٢/٢٣٤.

(٣)المغني لابن قدامة٦/٦٠٩،الإنصاف للمرداوي٥/٣٢٣.

(٤)المجموع للنووي ٩/١٨٢.

(٥)الإنصاف للمرداوي٥/٣٢٣.

(٦)المغني لابن قدامة٦/٦٠٨،بدائع الصنائع للكاساني٧/١٩٣.

وأما دليلهم من العقل فقالوا :إن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد ؛لأن الحجر يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده،واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك،فكان الإذن له بالتصرف قبل البلوغ أولى حتى لا يحجر على الرشيد. [١]

دليل القول الثاني: (لا يصح تصرف الصبي الذي لم يبلغ،وإن كان مأذوناً له)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (رفع القلم عن ثلاثة :عن النائم حتى يستيقظ،وعن الصبي حتى يحتلم،وعن المجنون حتى يعقل). [٢]

وجه الدلالة :أن العقد لو صح منه للزم منه التسليم على الصبي،وقد صرح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء،فقد أسقط الحديث أقواله،وأفعاله. [٣]

وأما دليلهم من العقل فقالوا :إن تصرف الصبي قبل البلوغ تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل. [٤]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،القول بصحة تصرف الصبي ~~الذي لم يبلغ~~ إذا كان مأذوناً له؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل،والعقل.

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالنقل فيجاب عنه بأنه لو سلم عموم الحديث فإن الصبي المأذون له في التصرف، مخصص بالآية، التي جعلت للولي ابتلاء الصغير،ولو لم يصح تصرفه لما كان للإذن له فائدة.

---

(١)المصدر السابق٦/٦٠٩.

(٢)رواه الإمام أحمد في المسند٢/٤٤٤ ،وأبو داود ،كتاب الحدود ،باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً ،سنن أبي داود ٤/١٤١ ،والنسائي،كتاب الطلاق باب من لا يقع طلاقه من الأزواج عن عائشة سنن النسائي ٦/١٥٦ ،وابن ماجة ،كتاب الطلاق،باب طلاق المعتوه والصغير والنائم عن عائشة،سنن ابن ماجة ١/٦٥٨ ،والدارمي،كتاب الحدود ،باب رفع القلم عن ثلاثة عن عائشة،سنن الدارمي٢/١٧١ ،وصححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل٢/٤ ،وقال محققا مسند الإمام أحمد :صحيح لغيره ٢/٤٤٤.

(٣)المجموع للنووي٩/١٨٢.

(٤)المغني لابن قدامة٦/٦٠٩.

ثالثاً :أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بأن الولي لن يأذن لمن تحت يده إلا حينما يكون على قدر من العلم، والعقل الذي يجعله يتصرف بما فيه المصلحة، فتصرفه تحت إشراف ممن صدر منه الإذن.

وبهذا يتضح أن البلوغ شرط في الملزِم والملزَم عند جميع أهل العلم، أما إذا كان غير بالغ وقد أذن له وليه، فإن العقد صحيح عند الجمهور من أهل العلم رحمهم الله.

علامات البلوغ:

إذا تقرر أن العقود لا تكون لازمة إلا لمن هو بالغ، فإن البلوغ قوة تحدث في الطفل، وهذه القوة لا يكاد يعرفها أحد؛ لذا فقد جعل الشارع لها علامات يستدل بها على حصول البلوغ، و هذه العلامات تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: علامات مشتركة بين الذكور، والإناث .

القسم الثاني: علامات خاصة بالإناث، دون الذكور .

وهذه العلامات منها ما اتفق العلماء رحمهم الله على اعتباره موجباً للبلوغ، ومنها ما اختلفوا في اعتباره كذلك، وبيان ذلك على النحو التالي:

القسم الأول: علامات البلوغ المشتركة بين الذكور والإناث: وهي ثلاث علامات:

العلامة الأولى: الاحتلام: وهو إنزال المني الدافق من رجل، أو امرأة من نوم، أو جماع، أو غيرهما .[1]

فالعبرة بخروج المني من الرجل أو المرأة سواء كان في منام، أو يقظة، وهذه العلامة متفق عليها بين أهل العلم رحمهم الله، قال الحافظ شهاب الدين ابن حجر[2] رحمه الله: [أجمع أهل العلم على أن الاحتلام في الرجال، والنساء، يلزم به العبادات، والحدود، وسائر الأحكام][3] اهـ

العلامة الثانية: الإنبات: وهو أن ينبت الشعر حول القبل من الرجل، أو المرأة ويكون

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي٦/٣٤٣، ينظر فتح الباري لابن حجر ٥/٢٧٧، المغني لابن قدامة٦/٥٦٧.

(٢) هو الإمام أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد العسقلاني المصري الشافعي، ولد سنة ٧٧٣هـ، برع في علوم شتى خصوصاً الحديث، ورجاله، كان فصيح اللسان، جيد الذكاء، عظيم الحذق، توفي رحمه الله سنة٨٥٢هـ . (شذرات الذهب لابن العماد٧/ ٢٧٠، الضوء اللامع للسخاوي٢/٣٦).

(٣) فتح الباري لابن حجر ٥/٢٧٧ .

خشناً استحق الأخذ بالموس.[١]

وهذا التعريف يستفاد منه أن العبرة في الإنبات بشيئين:

أولاً :أن ينبت شعر خشن يستحق الجزَّ بالموس،فيخرج بهذا القيد شعر الزغب،وهو صغار الشعر،ولينه حين يبدو من الصبي.[٢]

ثانياً :أن يكون نباته حول القبل،فأخرج بقية المواضع الأخرى .

وقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في اعتبار الإنبات علامة للبلوغ على ثلاثة أقوال:

القول الأول:أن الإنبات بلوغ،وهو المشهور عند المالكية،[٣]وقول للشافعية،[٤]والمذهب عند الحنابلة،[٥] رحمهم الله جميعاً .

قال الإمام جلال الدين بن شاس المالكي رحمه الله:[ثم البلوغ في الذكور بالاحتلام والإنبات. . .وأما الإناث فيزدن على الذكور مع مساواتهن لهم فيما تقدم..][٦]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء،ثلاثة يشترك فيها الرجل،والمرأة وهي:الإنزال،والسن،والإنبات][٧]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[ويحصل في حق الغلام،والجارية بأحد ثلاثة أشياء. . .،وأما الإنبات فهو أن ينبت. . .][٨]اهـ

القول الثاني:أن الإنبات يستدل به على البلوغ في حق الكافر،دون المسلم،وهو قول عند الشافعية[٩]،رحمهم الله.

---

(١)المغني لابن قدامة٦/٥٩٧ .

(٢)المصباح المنير للفيومي ٦٦.

(٣)الذخيرة للقرافي٨/٢٣٧،مواهب الجليل للحطاب ٥/٥٩ .

(٤)المهذب الشيرازي ١/٣٣٧،الحاوي الكبير للماوردي٦/٣٤٣ .

(٥)المغني لابن قدامة٦/٥٩٧ ،الإنصاف للمرداوي٥/٣٢٠ .

(٦)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٦٢٧.

(٧)المهذب الشيرازي ١/٣٣٧.

(٨)المغني لابن قدامة٦/٥٩٧.

(٩)مغني المحتاج للشربيني٢/٢٢٧،الحاوي الكبير للماوردي٦/٣٤٣ .

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[فإذا تقرر ما ذكرنا وأن الإنبات يتعلق به البلوغ في المشركين، فهل يكون بلوغاً فيهم، أو دلالة على بلوغهم؟فيه قولان. . .][١] اهـ

القول الثالث:أن الإنبات ليس بعلامة على البلوغ، ولا يدل عليه، وهو مذهب الحنفية،[٢] ورواية عن الإمام أحمد،[٣] رحمهم الله.

قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله:[وبلوغ الغلام بالاحتلام أو الاحبال، أو الإنزال أو بلوغ ثماني عشرة سنة][٤] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وحكي عنه ـ أي الإمام أحمد رحمه الله ـ لا يحصل البلوغ بالإنبات][٥] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (أن الإنبات بلوغ)استدل أصحاب هذا القول بأدلة من النقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل:فما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال:نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى سعد فأتاه على حمار، فلما دنا قريباً من المسجد، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصار: قوموا إلى سيدكم، أو خيركم، ثم قال:(إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال:تقتل مقاتلهم وتسبي ذريتهم، قال:فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:قضيت بحكم الله، وربما قال:قضيت بحكم الملك). [٦]

قال عطية القرظي رضي الله عنه :(كنت من سبي بني قريظة، فكانوا ينظرون فمن أنبت الشعر قتل، ومن لم ينبت لم يقتل، فكنت فيمن لم ينبت). [٧]

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي٦/٣٤٤.

(٢)الاختيار للموصلي ٢/٩٥، الهداية للمرغيناني٣/٢٨٤.

(٣)الإنصاف للمرداوي٥/٣٢٠ .

(٤)الاختيار للموصلي ٢/٩٥.

(٥)الإنصاف للمرداوي٥/٣٢٠ .

(٦)رواه مسلم في كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد، صحيح مسلم ٥/١٦٠ .

(٧)رواه أبو داود في كتاب الحدود باب الغلام يصيب الحد، سنن أبي داود ٤/١٤١

وجه الدلالة :أن سعداً رضي الله عنه حكم بقتل البالغ بقوله :(تقتل مقاتلهم) وسبي غير البالغ بقوله :(تسبي ذريتهم) ،ثم فرق بين البالغ وغير البالغ بالإنبات ،فدل على أن الإنبات علامة للبلوغ .

كما استدلوا على قولهم من الأثر ،فإن عمر بن الخطاب رضي الله كتب إلى أمراء الأجناد :(أن يضربوا الجزية ولا يضربوها على النساء ،والصبيان ،ولا يضربوها إلا على من جرت عليه الموسى).(١)

وجه الدلالة :أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حكم بالبلوغ على من أنبت الشعر وهو معنى قوله (جرت عليه الموسى) .

أما دليلهم من العقل فقالوا :إن الإنبات خارج يلازمه البلوغ غالباً ،فكان علماً على البلوغ كالاحتلام .(٢)

دليل القول الثاني:(أن الإنبات يستدل به على بلوغ الكافر) استدلوا من النقل ،وهو حديث أبي سعيد المتقدم فقالوا :إن سعداً جعل الإنبات دليلاً عند تعذر العلم في حق بني قريظة وهم كفار.(٣)

دليل القول الثالث:(أن الإنبات ليس بعلامة على البلوغ) استدلوا بالنقل ،فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُواْ ﴾ [النور:٥٩].

ووجه الدلالة :أن الله تعالى علق البلوغ والإلزام بالحكم على الحلم دون غيره ،فدل على اختصاص البلوغ به فلم يشمل الإنبات.

ومن السنة :حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(رفع القلم عن ثلاثة :عن النائم حتى يستيقظ ،وعن الصبي حتى يحتلم ،وعن المجنون حتى يعقل).(٤)

---

(١)الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام ٤٧ ،وعبدالرزاق في مصنفه ،كتاب أهل الكتاب ،باب كم يؤخذ منهم الجزية ،مصنف عبدالرزاق ٣٢٩/١٠ ،وابن أبي شيبة في مصنفه ،كتاب الجهاد .باب ما قالوا في وضع الجزية والقتال عليها ،مصنف ابن أبي شيبة ٢٤٠/١٢ .

(٢)المغني لابن قدامة ٥٩٨/٦ ،الذخيرة للقرافي ٢٣٨/٨ .

(٣)الحاوي الكبير للماوردي ٣٤٤/٦ .

(٤)تقدم تخريجه ص ٧٤.

ووجه الدلالة: أنه عليه الصلاة والسلام اعتبر الحلم وحده دليل البلوغ، ولم يعتبر الإنبات معه، فدل على أن الإنبات ليس من علامات البلوغ.

الترجيح :

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول باعتبار الإنبات علامة من علامات البلوغ للمسلم، والكافر؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب عنه: بأن ما كان بلوغاً في حق المشركين كان بلوغاً في المسلمين؛ وذلك مثل الاحتلام، والسن.[1]

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث بالآية، والحديث فيجاب عنهما:

بأن الآية والحديث بينا علامة الاحتلام، وسكتا عما عداه، وقد جاءت النصوص باعتبار غيره علامة كالحيض، والإنبات، ثم إن الاستدلال بهما استدلال بالمفهوم وقد عارضه المنطوق فيقدم المنطوق على المفهوم وبالله التوفيق.[2]

العلامة الثالثة: السن: المراد بهذه العلامة أن يبلغ الصغير سناً معينة، قبل أن تظهر فيه العلامات الأخرى، فحينئذ هل يحكم ببلوغه حينما يبلغ هذه السن أم لا يحكم؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن السن يعتبر علامة على البلوغ، وهو مذهب الجمهور من الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، وابن حزم[7]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٩٧/٦ .

(٢) الذخيرة للقرافي ٢٢٨/٨ ، الحاوي الكبير للماوردي ٣٤٣/٦ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٢/٧ ، الاختيار للموصلي ٩٥/٢ .

(٤) المعونة للقاضي عبدالوهاب ١١٧٥/٢ ، الذخيرة للقرافي ٢٣٧/٨ ، الخرشي على مختصر خليل ٢٩١/٣ .

(٥) المهذب للشيرازي ٣٣٧/١ ، روضة الطالبين للنووي ١٧٨/٤ .

(٦) المغني لابن قدامة ٥٩٨/٦ .

(٧) هو الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفارسي الأندلس القرطبي، ولد رحمه الله بقرطبة سنة ٣٨٤ هـ تفقه أول أمره على المذهب الشافعي، ثم صار ظاهرياً، كان من أجمع أهل الأندلس لعلوم الإسلام، توفي رحمه الله سنة ٤٥٦هـ (البداية والنهاية لابن كثير ٩١/١٢ ، سير أعلام النبلاء للذهبي ١٨٤/١٨ ، دول الإسلام للذهبي ٢٦٨/١).

الظاهري[1] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني[2] الحنفي رحمه الله:[بلوغ الغلام بالاحتلام... فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة][3] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[أو بلوغ سن تشهد العادة ببلوغ من بلغه][4] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله:[أما المشترك فمنه السن][5] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[والبلوغ يحصل بالاحتلام، أو بلوغ خمس عشرة سنة][6] اهـ

وقال الإمام أبو محمد ابن حزم الظاهري رحمه الله:[أو بتمام تسعة عشر عاماً][7] اهـ

القول الثاني:أن السن لا يعتبر علامة البلوغ، وإليه ذهب الإمام داود[8] الظاهري[9]، رحمه الله.

الأدلة:

---

(١)المحلى لابن حزم١/١١٧.

(٢)هو الإمام أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، عالم ما وراء النهر كان من أوعية العلم، أقر له أهل عصره بالفضل، والتقدم، فقد فاق شيوخه، وأقرانه، نشر المذهب الحنفي، توفي رحمه الله سنة ٥٩٣هـ (سير أعلام النبلاء للذهبي ٢١/٢٣٢، الجواهر المضية للجبرتي٢/٦٢٧، هدية العارفين للبغدادي١/٧٠٢).

(٣)الهداية للمرغيناني٣/٢٨٤.

(٤)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٦٢٦.

(٥)روضة الطالبين للنووي٤/١٧٨.

(٦)المقنع لابن قدامة٢/١٣٩.

(٧)المحلى لابن حزم١/١١٥.

(٨)هو الإمام أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني الشهير بداود الظاهري، إمام أهل الظاهر، ولد سنة ٢٠٠هـ، كان ورعاً، ناسكاً، زاهداً ، صنف كتباً كثيرة لكنها ذهبت ولم يبق منها شيئاً ، توفي رحمه الله سنة ٢٧٠هـ (البداية والنهاية لابن كثير ١١/٤٧، سير أعلام النبلاء للذهبي ٣/٢٦).

(٩)المغني لابن قدامة٦/٥٩٨.

دليل القول الأول:(السن علامة على البلوغ) استدلوا بدليل من النقل وهو:

حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: (عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد في القتال، وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني)،[١] وفي رواية (فلم يجزني، ولم يرني بلغت)[٢] .

ووجه الدلالة :أن النبي صلى الله عليه وسلم منع ابن عمر رضي الله عنهما في المرة الأولى وأجازه في المرة الثانية، ولما كان الجهاد متعلقاً بالبالغين، فهم أنه بالغ في المرة الثانية دون الأولى، وقد كان هذا مبنياً على السن يؤيد هذا قوله في الرواية الثانية (ولم يرني بلغت) فإنها نص على أنه علق الحكم بالبلوغ على السن، ويشهد لهذا ويؤكده أيضاً ما روي عن عمر بن عبدالعزيز[٣] رحمه الله أنه لما بلغه هذا الحديث قال:(هذا حد ما بين الصغير، والكبير، ثم كتب أن يفرض لمن بلغ الخمس عشرة).[٤]

دليل القول الثاني:(السن ليس علامة على البلوغ)استدلوا بدليل من النقل وهو:حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(رفع القلم عن ثلاثة:عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل)[٥] .

وجه الدلالة :أن النبي صلى الله عليه وسلم خص البلوغ بالاحتلام، فدل على أن غيره لا يعتبر علامة على البلوغ .

الترجيح:

---

(١)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم ١٥٨/٣، صحيح مسلم، كتاب الإمارة ،باب سن البلوغ٦/٣٠ .

(٢)سنن البيهقي، كتاب الحجر، باب البلوغ بالسن٦/٥٥.

(٣)هو أمير المؤمنين أبو حفص عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم القرشي الأموي، ولد سنة ٦١ هـ وقيل غير ذلك، كان ثقة، مأموناً، له فقه، وعلم، وورع، وسيرة محمودة، مشهورة، وخلافة راشدة، توفي رحمه الله في رجب سنة ١٠١ هـ ،وكانت خلافته سنتين وخمسة أشهر (الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٣٠/٥، البداية والنهاية لابن كثير ١٩٢/٩ سير أعلام النبلاء للذهبي ١١٤/٥) .

(٤)رواه الترمذي، كتاب الجهاد، باب ما جاء في حد بلوغ الرجل، ومتى يفرض له، وقال:حسن صحيح غريب، سنن الترمذي٤/٢١١.

(٥)تقدم تخريجه ص ٧٤.

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله تعالى، هو القول باعتبار السن علامة على البلوغ؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فيجاب عنه: بأنه أثبت الحلم علامة على البلوغ، وسكت عما عداه، وقد جاءت السنة بالدلالة على اعتبار السن علامة أيضاً، كما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما فوجب اعتباره.

وإذا تبين رجحان القول باعتبار السن علامة على البلوغ، فإنه يرد السؤال عن حد السن الذي يعتبر به الصبي بالغاً؟ لقد اختلف العلماء رحمهم الله القائلون باعتبار السن علامة على البلوغ في هذا الحد على أقوال:

القول الأول: أن السن التي يبلغ بها الصبي هي خمس عشرة سنة للذكر، والأنثى جميعاً، وهو مذهب الشافعية،[1] والحنابلة،[2] ورواية عن أبي حنيفة[3]، وقول الصاحبين من الحنفية[4]، وبعض المالكية[5]، رحمهم الله.

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [أما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء، ثلاثة يشترك فيها الرجل، والمرأة، وهي الإنزال، والسن، والإنبات...، وأما السن فهو أن يستكمل خمس عشرة سنة][6] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وأما السن فإن البلوغ به في الغلام، والجارية بخمس عشرة سنة][7] اهـ

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٣٣٧، روضة الطالبين للنووي ٤/١٧٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٥٩٨.

(٣) الهداية للمرغيناني ٣/٢٨٤، حاشية رد المحتار لا بن عابدين ٦/١٥٣.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٧٢، الاختيار للموصلي ٢/٩٥.

(٥) المعونة للقاضي عبدالوهاب ٢/١١٧٥، الذخيرة للقرافي ٨/٢٣٧، الخرشي على مختصر خليل ٥/٢٩١.

(٦) المهذب للشيرازي ١/٣٣٧.

(٧) المغني لابن قدامة ٦/٥٩٨.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[وقالا :إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا ،وهو رواية عن أبي حنيفة][١]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[أو بلوغ سن تشهد العادة ببلوغ من بلغه ،واختلف في مقداره . . . ،وذكر ابن وهب[٢]أن سن البلوغ خمس عشرة سنة..][٣]اهـ

القول الثاني:أن السن التي يبلغ بها الصبي هي ثمان عشرة سنة ،وهو المشهور عند المالكية ،[٤]رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[أو بلوغ سن تشهد العادة ببلوغ من بلغه ،واختلف في مقداره فقال ابن القاسم[٥]:هو ثمان عشرة سنة..][٦]اهـ

القول الثالث:أن السن التي يبلغ بها الصبي الذكر ثمان عشرة سنة ،وأما الأنثى فسبع عشرة سنة ،وهو مذهب أبي حنيفة[٧] ،رحمه الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[بلوغ الغلام. . . ،فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمان عشرة سنة ،وبلوغ الجارية ،فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة][٨]اهـ

---

(١)الهداية للمرغيناني٣/٢٨٤.

(٢)هو الإمام أبو محمد عبدالله بن وهب بن مسلم الفهري مولاهم المصري،ولد سنة١٢٥هـ،طلب العلم وله سبعة عشر سنة ،كان من أوعية العلم،ومن كنوز العمل،وقد أرادوا أن يولوه القضاء فاختفى مدة،وكان الإمام مالك يسميه مفتي مصر، توفي رحمه الله سنة١٩٧هـ (الطبقات الكبرى لابن سعد٧/٥١٨ ،سير أعلام النبلاء للذهبي٩/٢٢٣ ،دول الإسلام للذهبي١/١٢٤) .

(٣)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٦٢٦.

(٤)الذخيرة للقرافي٨/٢٣٧ ،الخرشي على مختصر خليل ٣/٢٩١ .

(٥)هو الإمام أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة،العتقي مولاهم،المصري صاحب مالك،ولد رحمه الله سنة١٣٢هـ وقيل١٢٨هـ،كان في الزهد والورع شيئاً عجيباً،توفي رحمه الله سنة١٩١هـ،(سير أعلام النبلاء للذهبي٩/١٢٠ ،تقريب التهذيب لابن حجر١/٤٩٥).

(٦)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٦٢٦ ،بلغة السالك للصاوي٢/١٤٦ ، الخرشي على مختصر خليل٣/٢٩١ ،فقد ذكر أن ذلك القول هو المشهور.

(٧)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٧٢ ،الاختيار للموصلي ٢/٩٥ .

(٨)الهداية للمرغيناني٣/٢٨٤.

القول الرابع:أن السن التي يبلغ بها الصبي هي تسع عشرة سنة ،وهو قول الإمام علي بن حزم الظاهري[١] ،رحمه الله.

قال الإمام أبو محمد علي بن حزم الظاهري رحمه الله:[والشرائع لا تلزم ... أو بتمام تسعة عشر عاماً][٢]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(أن سن البلوغ خمس عشرة سنة)استدلوا بالنقل والعقل .

فأما دليلهم من النقل:فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال:(عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد في القتال،وأنا ابن أربع عشرة سنة ،فلم يُجِزْني،وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني)[٣] وفي رواية (فلم يُجِزْني،ولم يرني بلغت).[٤]

وجه الدلالة :أنه عليه الصلاة والسلام منع ابن عمر رضي الله عنهما حينما عرض عليه في المرة الأولى،وأجازه حينما عرض عليه في المرة الثانية ،وكان ذلك للجهاد الذي يتعلق بالبالغين،وكانت إجازته صلى الله عليه وسلم له في المرة الثانية حينما بلغ سناً معينة ،وهي خمس عشرة سنة ،ويؤيد ذلك ما روى عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه جعل ذلك حداً بين الصغير والكبير وكتب أن يفرض لمن بلغ الخمس عشرة.[٥]

وأما دليلهم من العقل:[فإن المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الأصل في الباب، إذ به قوام الأحكام،وإنما الاحتلام جعل حداً في الشرع لكونه دليلاً على كمال العقل،والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشرة سنة عادة،فإذا لم يحتلم إلى هذه المدة علم أن ذلك لآفة في خلقته والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل،فكان العقل قائماً بلا آفة فوجب اعتباره في لزوم الأحكام].[٦]

---

(١)المحلى لابن حزم ١/١١٧.

(٢)المصدر السابق.

(٣)تقدم تخريجه ص ٨١.

(٤)تقدم تخريجه ص ٨١.

(٥)تقدم تخريجه ص ٨١.

(٦)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٧٢ .

دليل القول الثاني:(أن سن البلوغ ثمان عشرة سنة) استدلوا بالعقل فقالوا:

إن تحديد السن التي يبلغ بها الصبي لا يثبت إلا بتوقيف، أو اتفاق، ولا توقيف فيما دون الثامنة عشرة، ولا اتفاق .(١)

دليل القول الثالث: (أن سن بلوغ الأنثى سبع عشرة والذكر ثمان عشرة) استدلوا بالنقل، والعقل .

فأما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ﴾ [الأنعام:١٥٢]وأشد الصبي ثمان عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما .(٢)

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن هذه السن هي أقل ما قيل فيه فينبني الحكم عليه للاحتياط، غير أن الإناث نشؤهن وإدراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة؛لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة.(٣)

دليل القول الرابع:(أن سن البلوغ تسع عشرة سنة)استدلوا بالإجماع فقالوا: [إن استكمال التسعة عشرة عاماً إجماع متيقن، وأصله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورد المدينة وفيها صبيان، وشبان، وكهول فألزم الأحكام من خرج عن الصبا إلى الرجولة، ولم يلزمها الصبيان، ولم يكشف أحد من كل من حواليه من الرجال، هل احتلمت يا فلان ؟ هل أشعرت ؟هل أنزلت ؟هل حضت يا فلانة ؟هذا أمر متيقن لا شك فيه، فصح يقيناً أن هاهنا سناً إذا بلغها الرجل، أو المرأة فهما ممن ينزل، أو ينبت، أو يحيض، إلا أن يكون فيهما آفة تمنع من ذلك ... ، ولا شك أن من أكمل تسع عشرة سنة ودخل في عشرين سنة فقد فارق الصبا ولحق بالرجال] اهـ(٤)

---

(١)المغني لابن قدامة٦/٥٩٨ .

(٢)قال الزيلعي رحمه الله في نصب الراية ٤/١٦٦ غريب، وقد ذكر أن البغوي نقله عن ابن عباس رضي الله عنهما ، إلا أنه بالرجوع إلى تفسير البغوي المسمى معالم التنزيل٢/١٤١ ، لم يذكر ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ، فلعله ذكره في غيره.

(٣)الهداية للمرغيناني٣/٢٨٤ ، تكملة شرح فتح القدير للقاضي زاده ٩/٢٧٦ .

(٤)المحلى لابن حزم ١/١١٧ .

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول باعتبار خمس عشرة سنة حداً للبلوغ؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل .

ثانياً: وأما استدلال أصحاب القول الثاني بأنه لم يرد توقيف في تحديد السن فغير مسلم، بل إن حديث ابن عمر رضي الله عنهما يدل على تحديد السن بخمس عشرة سنة، فكان توقيفاً يؤخذ به، خاصة وقد وردت الرواية صريحة عنه رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبره بالغاً بسن خمس عشرة سنة، دون ما قبلها .

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث بالأثر عن ابن عباس رضي الله عنهما، فيجاب عنه: بأنه لو سلم أن ابن عباس رضي الله عنهما فسر الأشد بهذه السن، فغايته أن معنى الأشد ذلك، وهو لا يستلزم أن يكون الأشد البلوغ، فيحتاج إلى دليل على أن الأشد هو البلوغ.

رابعاً: وأما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه: أنه ليس بصحيح أن ثمان عشرة سنة هي أقل ما قيل في الأشد، بل قد قيل: إنه البلوغ[1] وقد حد بخمس عشرة سنة، ثم لا وجه للتفريق بين الذكر، والأنثى في تحديد بلوغهما في السن كما قالوا .

خامساً: أما استدلال أصحاب القول الرابع بالإجماع فيجاب عنه بأنه ورد نص من السنة دال على تحديد البلوغ، فوجب المصير إلى النص، والإجماع لا يعارض السنة، لأن السن التي أجمع عليها مسكوت عما دونها فلا إجماع عليه، فيكون الإجماع دل على سنهم التي ذكروها، وسكت عما دونها، فليس فيه دليل على نفيها، وقد جاءت السنة بإثبات حد فيها، فتعين علينا العمل بها.

القسم الثاني: علامات البلوغ الخاصة بالإناث: وهي علامتان:

العلامة الأولى: الحمل، أو الحبل، وهو علوق الجنين بالرحم من كل أنثى .

العلامة الثانية: الحيض، وهو في اللغة: السيلان يقال: حاض السيل إذا سال، وفاض .[2]

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٣٥/٧ .

(٢) لسان العرب لابن منظور ١٤٢/٧ .

وفي الاصطلاح: (دم طبيعة يخرج مع الصحة من غير سبب ولادة من قعر الرحم).[(١)]

والحمل، والحيض من العلامات المتفق عليها ،وقد نقل الإجماع على ذلك الإمام القرطبي رحمه الله حيث يقول:[فأما الحيض،والحبل فلم يختلف العلماء في أنه بلوغ][(٢)]اهـ

الشرط السادس:أن يكون لكل من الملزم والملزم حق التصرف في المعقود عليه:

لما كان العقد يترتب عليه انتقال ملكية المعقود عليه،كان من الأهمية بمكان أن يكون لكل من العاقدين حق التصرف في المعقود عليه،ولذا فإن الشريعة منعت من التصرف في أموال الآخرين دون إذنهم؛لما يترتب على ذلك من إدخال الضرر عليهم من خلال ذلك التصرف في أملاكهم،قال سبحانه وتعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [النساء:٢٩] ،وليس هناك اعتبار للتراضي بين الطرفين إذا لم يكن العاقد له حق التصرف،وهذه الآية أصل في العقود المالية،وبها ألحقت العقود الأخرى؛ولذا فإن أهل العلم رحمهم الله قد اشترطوا في الملزِم والملزَم أن يكون لكل منهما حق التصرف في المعقود عليه،وذلك يشمل جميع العقود.

فإن كان العقد مما يقصد به المعاوضة كالبيع،فإنه يشترط أن يكون البائع مالكاً للمبيع،أو له ولاية عليه،وهكذا المشتري،فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما الذي يرجع إلى النفاذ فنوعان،أحدهما :الملك،أو الولاية،أما الملك فهو أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فلا ينفذ بيع الفضولي؛لانعدام الملك،والولاية][(٣)]اهـ

وقال الإمام أبو الوليد ابن رشد الحفيد[(٤)] المالكي رحمه الله:[العاقدان يشترط فيهما أن

---

(١)كشاف القناع للبهوتي١٩٦/١ ،مغني المحتاج للشربيني١٥٢/١ .

(٢)الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٥/٥ ،ينظر الاختيار للموصلي ٩٥/٢ ،مواهب الجليل للحطاب ٥٩/٥ ،المهذب للشيرازي ٣٣٧/١ ،المغني لابن قدامة٥٩٧/٦ .

(٣)بدائع الصنائع للكاساني١٤٨/٥ .

(٤)هو الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي،ولد رحمه الله سنة٥٢٠هـ برع في الفقه،والطب،ولي قضاء قرطبة فحمدت سيرته،كان متواضعاً،منخفض الجناح،توفي رحمه الله محبوساً بداره بمراكش في أواخر سنة٥٩٥هـ وقيل غير ذلك(سير أعلام النبلاء للذهبي٣٠٧/٢١ ،شذرات الذهب لابن العماد٣٢٠/٤).

يكونا مالكين تامي الملك، أو وكيلين تامي الوكالة][1] اهـ

وقال الشيخ محمد الخطيب الشربيني الشافعي رحمه الله: [فبيع الفضولي وهو البائع مال غيره بغير إذن، ولا ولاية باطل؛ للحديث المتقدم، وكذا سائر التصرفات القابلة للنيابة، كما لو زوج أمة غيره، أو ابنته، أو طلق منكوحته، أو أعتق عبده، أو أجر داره، أو وقفها، أو وهبها، أواشترى له بعين ماله لأنه ليس بمالك، ولا ولي، ولا وكيل، ولو عبر المصنف بالتصرف لشمل الصور التي ذكرتها][2] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [أن يكون مملوكاً له، أو مأذوناً له في بيعه فإن باع ملك غيره بغير إذنه، أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه، لم يصح][3] اهـ

وإن كان العقد مما يقصد به التوثيق كالرهن، فإنه يشترط لصحته أن يكون الراهن مالكاً للشيء المرهون، فلا يصح أن يرهن شيئاً لا يملكه بغير إذن من صاحبه، أو ولاية، فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [فأما كونه مملوكاً فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية][4] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [ولا يشترط أن يكون المرهون ملكاً للراهن بل يجوز أن يستعير ليرهن][5] اهـ

وقال الشيخ محمد الخطيب الشربيني الشافعي رحمه الله: [فبيع الفضولي وهو البائع مال غيره بغير إذن، ولا ولاية باطل؛ للحديث المتقدم، وكذا سائر التصرفات القابلة للنيابة، كما لو زوج أمة غيره، أو ابنته، أو طلق منكوحته، أو أعتق عبده أو أجر داره، أو وقفها، أو وهبها، أواشترى له بعين ماله لأنه ليس بمالك، ولا ولي، ولا وكيل، ولو عبر المصنف بالتصرف لشمل الصور التي ذكرتها][6] اهـ

---

(٤)بداية المجتهد لابن رشد٥/٣١.

(٢)مغني المحتاج للشربيني ٢/٢١.

(٣)المقنع لابن قدامة٢/٧.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٣٥.

(٥)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٥٨٠.

(٦)مغني المحتاج للشربيني ٢/٢١.

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله :[ولا بد من ملكه أي الراهن للرهن][١]اهـ

وهكذا إذا كان العقد يقصد به التبرع، فالمتبرع لا بد من أن يكون له حق التصرف في المتبرع به، قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في شروط الموهوب:[أن يكون مملوكاً للواهب، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه؛لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك، وإن شئت رددت هذا الشرط إلى الواهب، وكل ذلك صحيح..][٢]اهـ

وقال الإمام أبو القاسم ابن جزي المالكي رحمه الله:[فأما الواهب فالمالك إذا كان صحيحاً مالكاً أمر نفسه][٣]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وما لا يجوز بيعه...، وما لم يتم ملكه كالمبيع قبل القبض لا تجوز هبته][٤]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله في الهبة:[وإن تصرف الشريك بلا إذن شريكه، ولا إجازة، فكغاصب][٥]اهـ

وفي النكاح لا بد من أن يكون لكل من العاقدين حق التصرف، إما أصالة عن نفسه كما في الزوج، أو وكالة كما لو وكل غيره في قبول النكاح، أو ولاية كما في ولي المرأة، قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله:[وإذا خطب الرجل امرأة على رجل غائب لم يأمره فزوجت نفسها، أو زوجها أبوها برضاها فقدم الغائب إذا بلغه ذلك فأجاز النكاح فهو جائز عندنا][٦]اهـ

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[إذا غاب عن البكر غيبة قريبة، أو كان يتردد في تجارة، أو غيرها فليس لولي، و لا الحاكم أن يزوجها إلا بتوكيل من الأب][٧]اهـ

---

(١)كشاف القناع للبهوتي٣/٣٢٢.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٦/١١٩.

(٣)القوانين الفقهية لابن جزي٣٧١.

(٤)المهذب للشيرازي١/٤٥٣.

(٥)كشاف القناع للبهوتي٤/٣٠٦.

(٦)المبسوط للسرخسي٥/١٥.

(٧)المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/٧٢٣.

وقال الشيخ محمد الخطيب الشربيني الشافعي رحمه الله:[فبيع الفضولي، وهو البائع مال غيره بغير إذن، ولا ولاية باطل؛للحديث المتقدم، وكذا سائر التصرفات القابلة للنيابة، كما لو زوج أمة غيره، أو ابنته، أو طلق منكوحته، أو أعتق عبده أو أجر داره، أو وقفها، أو وهبها، أواشترى له بعين ماله لأنه ليس بمالك، ولا ولي، ولا وكيل، ولو عبر المصنف بالتصرف لشمل الصور التي ذكرتها][(١)]اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[لو زوجت بغير إذن وليها فهو نكاح الفضولي وفيه طريقان، أحدهما :فيه الخلاف في البيع...، وقد تقدم أن الصحيح من المذهب البطلان...، والطريق الثاني:القطع ببطلانه][(٢)]اهـ

وبهذا يتضح أن أهل العلم رحمهم الله متفقون على أنه يشترط في الملزِم والملزَم أن يكون لهما حق التصرف في المعقود عليه، وأن هذا الشرط عام لجميع العقود، وبطبيعة الحال فإننا إذا تأملنا في حق التصرف فإننا نجد العاقدين يستندان في أحقية المعقود عليه إلى أحد ثلاثة أمور:

الأول:أن يكون مالكاً للمعقود عليه.

الثاني:أن يكون وكيلاً عن المالك.

الثالث :أن يكون ولياً على المالك.

وبيانها فيما يلي:

القسم الأول:أن يكون مالكاً للمعقود عليه:

الملك في اللغة :مأخوذ من ملك، وهو يدل على قوة الشيء وصحته يقال:أملك عجنه إذا قوى عجنه، ثم قيل:ملك الإنسان الشيء يملكه ملكاً والاسم الملك، لأن يده فيه قوية صحيحة، فالملك إذاً احتواء الشيء، والقدرة على الاستبداد به .[(٣)]

وفي الاصطلاح: (اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه وحاجزاً عن تصرف غيره فيه) .[(٤)]

---

(١)مغني المحتاج للشربيني ٢/٢٠.

(٢)الإنصاف للمرداوي٨/٦٧.

(٣)معجم مقاييس اللغة لابن فارس٥/٣٥١، لسان العرب لابن منظور١٠/٤٩٢ المصباح المنير للفيومي ٢٢١ .

(٤)التعريفات للجرجاني ٢٤٧ .

فالاتصال الشرعي يعم جميع أنواع التملك التي أجازها الشرع، سواء كان عن طريق الشراء، أو الإحياء، أو الإرث، أو الوقف، أو الهبة ونحوها، فأي اتصال بين الإنسان، وذلك الشيء يؤدي إلى تملكه وهو شرعي، فإنه يجعل له حق التصرف فيه، دون غيره .

فهنا أحقية التصرف ناشئة عن ملكية ذاتية، وهي أقوى هذه الأمور، وأولاها، لأنه تصرف في ملكه، وهو ما يعبر عنه بالتصرف بالأصالة، ومن أمثلته أن يبيع الإنسان ماله، أو يشتري به، فهو متصرف فيه بناء على وجود الملكية، وهكذا لو وهب، أو رهن الشيء الذي يملكه، فتصرفه صحيح؛ لصدوره من المالك الشرعي للمعقود عليه.

القسم الثاني: أن يكون وكيلاً عن المالك :

الوكالة في اللغة مأخوذة من وكل الأمر إليه بمعنى فوضه، واعتمد على غيره في أمره، يقال: رجل وكله: إذا كان يكل أمره إلى الناس .[1]

وفي الاصطلاح: (استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة).[2]

وفي هذا القسم يكون مقام الإنسان أضعف من الذي قبله من جهة كونه يتصرف في مال الغير، والأصل منعه، لكنه يستند إلى أحقية شرعية، إذ هو موكل من صاحب الملك الذي يملك التصرف في مملوكه، ومن أمثلة ذلك لو وكل شخص من يشتري له، أو يبيع له، أو يرهن عنه، أو يهب، وغير ذلك، والوكالة شرعت للحاجة الماسة إليها، فالناس ليسوا على هيئة واحدة، ففيهم الضعيف في رأيه، أو جسمه، فيحتاج إلى من يكون وكيلاً عنه يقوم بذلك العمل، وفيهم من هو مشغول، ليس لديه وقت كافٍ لأن يقضي حوائجه بنفسه، فيوكل غيره في قضائها، فإذا تصرف الوكيل في حدود ما وكل فيه؛ فإن ذلك التصرف صحيح لازم لموكله.[3]

القسم الثالث: أن يكون ولياً على المالك:

الولاية في اللغة مأخوذة من ولي الشيء وولِيَ عليه، وكل من ولي أمر آخر فهو وليه

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٣٦/٦، لسان العرب لابن منظور ٧٣٥/١١، المصباح المنير للفيومي ٢٥٧.

(٢) الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٢٠٣/٥ .

(٣) الاختيار للموصلي ١٥٦/٢، الكافي لابن عبدالبر ٧٨٧/٢، التنبيه للشيرازي ١٠٨، زاد المستقنع للحجاوي ٦٦.

يقال توليت الأمر، أليه، ولاية، وولي على الصبي والمرأة إذا وكل أمرهما إليه.[(١)]

وفي الاصطلاح: (تنفيذ القول عن الغير شاء أم أبى).[(٢)]

فالولي له سلطة مستمدة من الشرع، يتمكن الولي عن طريقها من إبرام العقد، ونحوه من التصرفات عن ذلك الغير، سواء كان المولى عليه راضياً بهذا التصرف أو غير راضٍ ما دام قد تصرف الولي بما فيه المصلحة، والولاية قد تكون عامة كما هو الحال بالنسبة للقاضي ومن في حكمه، وقد تكون خاصة كما في الولاية على الصغير، والمجنون، ونحوهما،[(٣)] والولاية من الأمور العظيمة، وتعتبر مسؤولية جسيمة؛ لما يترتب عليها من نفوذ التصرف المبني عليها.

والوكالة تختلف عن الولاية في أن النائب فيهما: إما أن يكون باختيار من صاحب الحق فهي الوكالة، وإما أن يكون بغير اختيار منه فهي الولاية، كما في الصبي والمجنون ونحوهما.

أما إذا تصرف من هو غير مالك، ولا نائب عن المالك، لا بولاية ولا وكالة، وهو ما يسمى بالفضولي، فإن أهل العلم رحمهم الله متفقون كما سبق في نصوصهم على أن ذلك التصرف غير لازم للمالك، فله أن يرد تصرفه ذلك إذا لم يقبله، أما إذا قبله فعند من يقول بصحته، وعدم نفوذه، فإنه يُنَفِّذه بذلك القبول، وأما عند من يقول بعدم صحته فلا اعتبار عنده لذلك القبول، وعليه تجديد العقد حتى يكون صحيحاً لازماً.[(٤)]

الشرط السابع: أن يكون كل من الملزم والملزم رشيداً[(٥)]:

لما كان الالتزام بالعقود مسؤولية عظيمة؛ لما يترتب عليها من أمور جسيمة، تؤدي إلى انتقال الملكية، وتحول الثمن، ويكون ذلك الثمن مقابلاً لتلك العين، وهذا لا يصدر إلا عن رشيد، له معرفة بالأمور، وعواقبها؛ ولذا فإن العاقد سواء كان ملزِما أو ملزَما لابد أن يكون

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٤١/٦ لسان العرب لابن منظور ٤٠٧/١٥ القاموس المحيط للفيروزآبادي ٤٠١/٤، المصباح المنير للفيومي ٢٥٨ .

(٢) التعريفات للجرجاني ٢٧٥ .

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ٣٤٥/٣ .

(٤) ينظر ص ٨٧.

(٥) في اللغة: بضم الراء وسكون الشين مصدر رَشَد، يَرْشد، رُشْداً، أما الرّشد بفتح الراء، والشين فهو مصدر رَشِد، يَرْشد، رَشَداً وكلاهما بمعنى الصلاح، وفي الاصطلاح: الصلاح في المال والدين، والرشيد ضده السفيه، وهو ضعيف العقل سيئ التصرف؛ سمي بذلك لخفة عقله. معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٩٨/٢، لسان العرب لابن منظور ١٧٥/٣، المصباح المنير للفيومي ٨٧، المطلع للبعلي ٢٢٨.

أهلاً لهذا التصرف، مدركاً لما يترتب عليه، فأما إذا كان غير أهل لذلك فإن الشريعة الإسلامية قد أمرت بالحفاظ على ماله، وعدم إيتائه إياه لسفهه كما قال سبحانه: ﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ ﴾ [النساء:٥]، واشترطت لتسليم اليتيم ماله عند الحلم أن يكون رشيداً كما في قوله سبحانه: ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء:٦]، ولا يخفى الضرر المترتب على تسليم السفيه ماله من تبذيره، وتضييعه في غير مصالح الحياة التي من أجلها وجد المال، ليكون قياماً للناس تقوم به مصالحهم، وتقضى به حوائجهم.

ففي عقود المعوضات المالية كالبيع لا ينفذ تصرف غير الرشيد، قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وإن لم يأنس منه رشداً منعه منه إلى أن يبلغ، فإن بلغ رشيداً دفع إليه، وإن بلغ سفيهاً مفسداً مبذراً فإنه يمنع عنه ماله ..] اهـ(١)

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [لأن السفيه المحجور عليه يرد بيعه اتفاقاً](٢) اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [وشرط العاقد أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً بصيراً، غير محجور عليه..] اهـ(٣)

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في شروط البيع: [أن يكون العاقد جائز التصرف، وهو المكلف الرشيد] اهـ(٤)

وهكذا في عقود التوثيق؛ فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [و أما عندهما، فحكمه، وحكم الصبي العاقل البالغ المعتوه سواء..] وقال رحمه الله في الصبي: [

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٧٠.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٦٢٨.

(٣) المجموع للنووي ٩/١٧٤.

(٤) المقنع لابن قدامة ٢/٤.

أما الصبي العاقل... ،ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع] اهـ(١)

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله في أركان الضمان: [الضامن وفي الجواهر شرطه صحة العبارة، وقاله الأئمة احترازاً من الصبي، والسفيه لعدم ذمتهما..] اهـ(٢)

وقال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله [شرط الضامن الرشد] اهـ (٣)

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في الضمان: [ولا يصح من مجنون، ولا صبي، ولا سفيه..](٤) اهـ

أما إذا كان العقد مما يقصد به التبرع؛ فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [و أما عندهما فحكمه، وحكم الصبي العاقل البالغ المعتوه سواء، فلا ينفذ..، وهبته](٥) اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [الواهب وهو كل من له أهلية التبرع فلا هبة لمحجور] اهـ(٦)

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله في الهبة: [وشرط الهبة لتتحقق عاقدان كالبيع، وهذا هو الركن الأول، ولهما شروط، فيشترط في الواهب الملك، وإطلاق التصرف في ماله](٧) اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ويعتبر في الهبة أن تكون من جائز التصرف فلا تصح من صغير ولا سفيه ولا عبد كسائر التصرفات] اهـ (٨)

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٧١/٧.

(٢) الذخيرة للقرافي ١٩٢/٩.

(٣) منهاج الطالبين للنووي ٢٧٠/٢.

(٤) المقنع لابن قدامة ١١٣/٢.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ١٧١/٧.

(٦) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦١/٣.

(٧) مغني المحتاج للشربيني ٥٣٨/٢..

(٨) كشاف القناع للبهوتي ٢٩٩/٤.

وفي عقد النكاح لا يلزم تصرف السفيه كذلك عند الجمهور من أهل العلم رحمهم الله، أما الحنفية رحمهم الله فقد أجازوا نكاح ذلك السفيه، وعدوه في هذه المسألة كالعاقل الرشيد.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في السفيه: [وأما فيما سوى ذلك فحكمه، وحكم العاقل الرشيد سواء، فيجوز نكاحه] اهـ (١)

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [إذا تزوج السفيه بغير إذن وليه أمضاه إن كان سداداً، وإلا ردَّه] اهـ (٢)

وقال الإمام محي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ولو نكح السفيه بغير إذن فباطل] اهـ (٣)

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله في السفيه: [ولا يصح تزوجه إلا بإذن وليه؛ لأنه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء] اهـ (٤)

وبهذا ظهر أن شرط الرشد من الشروط التي تعم العقود، إلا أن الحنفية رحمهم الله أجازوا تصرف السفيه في العقود التي فيها النفع المحض له كما في النكاح، وهذا القول قد يعترض عليه بأن النكاح يترتب عليه التزامات مالية، فيفتقر إلى الرشد في تلك الالتزامات.

إذا تقرر أن الرشد من الشروط التي يجب توفرها في الملزِم والملزَم، فما هو المراد بذلك الرشد، هل هو الصلاح في المال، أو في الدين، أو فيهما معاً؟ والجواب على ذلك، أن يقال: إن الصلاح لا يخلو من قسمين:

القسم الأول: الصلاح في المال: وهو أن يحسن التصرف في المال أخذاً وإعطاء بحيث إذا باع فلا يغبن الغبن الفاحش في الثمن، وإذا اشترى فلا يزاد عليه زيادة فاحشة في الثمن، ويكون حافظاً لماله غير مبذر.(٥) وقد ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: (إن الرجل لتنبت لحيته وإنه لضعيف الأخذ لنفسه ضعيف العطاء منها، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما يأخذ

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٧١/٧.

(٢) الذخيرة للقرافي ٢٠٦/٤.

(٣) منهاج الطالبين للنووي ٢٢٠/٣.

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٤٥٢/٣.

(٥) المهذب للشيرازي ٣٣٨/١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٨٥/٣ .

الناس فقد ذهب عنه اليتم).(١) وهذا القسم لا خلاف في اعتباره في الرشد في التصرفات المالية، فإذا لم يكن العاقد يحسن التصرف في المال، وكان العقد من الأمور المالية، فهو غير رشيد فلا يصح تصرفه.(٢)

القسم الثاني: الصلاح في الدين: وهو بأن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط العدالة.(٣)

وفي هذا القسم إن كان فساده في الدين له تأثير في تضييع المال فهو كذلك معتبر في الرشد في التصرفات المالية، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [فإن الفاسق إن كان ينفق ماله في المعاصي، كشراء الخمر، وآلات اللهو، أو يتوصل به إلى الفساد، فهو غير رشيد؛ لتبذيره لماله، وتضييعه إياه من غير فائدة](٤) اهـ

وأما إذا كان فساده في الدين ليس له تأثير في تضييع المال كالغيبة، والتكاسل عن أداء الواجبات، ونحوها فإن أهل العلم رحمهم الله قد اختلفوا في تأثيره على التصرفات المالية على قولين:

القول الأول: أن هذا النوع من الفساد في الدين لا اعتبار له في الرشد، وهو مذهب الحنفية(٥)، والمالكية(٦)، والحنابلة،(٧) رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [و لايحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله](٨) اهـ

---

(١) سنن البيهقي في كتاب الحجر ٥٤/٦ .

(٢) المغني لابن قدامة٦/ ٦٠٧، الحاوي الكبير للماوردي٦/٣٥٧ .

(٣) المهذب للشيرازي ٣٣٨/١، ينظر الحاوي الكبير للماوردي ٣٥٠/٦، روضة الطالبين للنووي ١٨٠/٤، مغني المحتاج للشربيني ٢٢٩/٢، والعدالة: هي الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور ديناً، والعدل: من اجتنب الكبائر، ولم يصر على الصغائر، وغلب صوابه، واجتنب الأفعال الخسيسة كالأكل في الطريق والبول. التعريفات للجرجاني١٥٢.

(٤) ~~المصدر السابق~~ ٦٠٨/٦ .

(٥) الاختيار للموصلي٩٦/٢، حاشية رد المحتار لابن عابدين ١٥٠/٦ .

(٦) الخرشي على مختصر خليل ٢٩٤/٣ .

(٧) المغني لابن قدامة ٦٠٧/٦ .

(٨) الهداية للمرغيناني٢٨٤/٣.

وقال الإمام جلال الدين بن شاس المالكي رحمه الله:[وأما الرشد فبأن يكون مصلحاً لماله، حافظاً له، عارفاً بوجوه أخذ المال، وإعطائه، والحفظ له عن التبذير][١]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[والرشد الصلاح في المال][٢]اهـ

القول الثاني: أن هذا النوع من الفساد في الدين له اعتبار في الرشد، وهو مذهب الشافعية،[٣] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[إن بلغ الصبي غير رشيد لاختلال صلاح الدين، أو المال بقي محجوراً عليه، ولم يدفع إليه المال][٤]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(هذا الفساد لا يعتبر في الرشد) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء:٦].

وجه الدلالة: أن الرشد في الآية نكرة، فيعم أي رشد، ومن كان مصلحاً لماله، فقد وجد منه رشد، فيدفع إليه ماله .

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الحجر إنما كان لحفظ ماله عليه فأشبه العدل، فالحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه، فالمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال، فإذا كان مصلحاً لماله فلا حجر عليه إذ هو حافظ لماله.

الوجه الثاني: أن العدالة لا تعتبر في الدوام، فلا تعتبر في الابتداء، فإن الفسق لو طرأ على المسلم بعد دفع ماله إليه، لم يزل رشده، ولم يحجر عليه من أجله.[٥]

---

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٦٢٧.

(٢) المقنع لابن قدامة ٢/١٤٠.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٦/٣٤٨، روضة الطالبين للنووي ٤/١٨١ .

(٤) روضة الطالبين للنووي ٤/١٨١.

(٥) المغني لابن قدامة ٦/٦٠٧ .

دليل القول الثاني:(هذا الفساد مؤثر في الرشد) استدلوا بالنقل والعقل:

أما دليلهم من النقل:فقوله تعالى: : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء:٦]

ووجه الدلالة:أن ابن عباس رضي الله عنهما،وغيره فسروا الرشد بالصلاح في المال، والدين[(١)]،وهذا يدل على أن الرشد في الدين معتبر[(٢)].

وأما دليلهم من العقل فقالوا:إن من لم يكن مصلحاً لدينه لا ينطبق عليه اسم الرشد.[(٣)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله سبحانه،هو القول بعدم اعتبار ذلك في الرشد؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة دلالة النقل،والعقل على هذا القول.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بالنقل فيجاب عنه:بأنه قد روي كذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما بأنه قد فسر الرشد بالصلاح في العقل،والمال.[(٤)]

ثالثاً:أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه:بأن من لم يكن مصلحاً لدينه فهو غير رشيد في دينه فقط،أما في ماله،وحفظه فهو في مسألتنا رشيد،بدليل الكافر الذي يحسن النظر في أمواله غير رشيد في دينه،ولم يحجر عليه[(٥)]،ولأن المشاهد أن المتهتك في المعاصي قد يكون حافظاً لماله فإن غرض الحفظين مختلف،أما غرض الدين فخوف الله تعالى،وأما غرض الدنيا فخوف فوات الحوائج والمقاصد،وحرمان اللذات التي تنال به.[(٦)]

---

(١)المحرر الوجيز لابن عطية ٥٠١/٣،زاد المسير لابن الجوزي١٤/٢،الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٧/٥،تفسير القرآن العظيم لابن كثير١٨٨/٢.

(٢)مغني المحتاج للشربيني ٢٢٩/٢،تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١٨٨/٢ .

(٣)الحاوي الكبير للماوردي ٣٤٩/٦ .

(٤)الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٧/٥،المحرر الوجيز لابن عطية ٥٠١/٣ .

(٥)المغني لابن قدامة ٦٠٧/٦ .

(٦)أحكام القرآن لابن العربي ٣٢٢/١ .

وبناءً على ما تقدم فإن الصلاح في المال هو المؤثر في الرشد إذا كان في التصرفات المالية، وأما الصلاح في الدين فإن كان له تأثير على الصلاح في المال فهو مؤثر في الرشد أيضاً، وأما إذا لم يكن له تأثير على الصلاح في المال فإنه غير معتبر في الرشد في التصرفات المالية، وغير مؤثر فيها .

أما غير التصرفات المالية كالنكاح فإن الجمهور (١) من أهل العلم رحمهم الله على أن النكاح لا يصح بدون ولي لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي ..) (٢) فلما نظرنا إلى الشرع حيث ألزم بوجود الولي، فهمنا أن المراد به النظر إلى مصلحة المرأة في اختيار الكفء، وحتى لا يتضرر أولياؤها بدخول من ليس بكفء، فربما غلبت على المرأة عاطفة المحبة، فأدخلت على أوليائها من يلحق بهم ضرراً.

فالولاية لها شقان شق لحق الأولياء، وشق لحق المرأة، فالشق الذي لحق الولي هو عدم صحة النكاح بدونه.

وأما الشق الذي لحق المرأة فهو أنها ترضى بمن يختاره لها وليها، فالنظر أولاً للولي فإذا رضيه فإنه ينظر لرغبة المرأة، وقبولها له. (٣)

وإذا ثبت أن السنة بينت شرط الولي لصحة النكاح، فإنه قد اختلف أهل العلم رحمهم الله في اعتبار صلاح الدين، والمال فيه، وفي هذا الخلاف مسألتان:

المسألة الأولى: هل صلاح الدين مؤثر على رشد الولي في النكاح.

المسألة الثانية: هل صلاح المال مؤثر في رشد الولي في النكاح.

وبيانهما فيما يلي:

المسألة الأولى: هل صلاح الدين مؤثر على رشد الولي في النكاح:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يشترط في الولي أن يكون صالحاً في دينه، وهو مذهب

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٧٢٧/٢، المهذب للشيرازي ٣٦/٢، الإنصاف للمرداوي ٦٦/٨ .

(٢) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي ٢٢٩/٢، والترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ٤٠٧/٣ وقال حديث عائشة في هذا الباب عن النبي صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولي) حديث عندي حسن ، وابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي ٦٠٥/١ .

(٣) المغني لابن قدامة ٣٤٦/٩.

المالكية،[١] وقول عند الشافعية،[٢] ورواية عند الحنابلة،[٣] رحمهم الله.

قال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [تكره ولاية الفاسق إذا وُجِد عدل، فإن عقد جاز][٤] اهـ

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله عند بيانه لولاية غير الصالح في دينه: [والقول الثاني: أنه يلي][٥] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله: [والرواية الثانية: لا تشترط العدالة، فيصح تزويج الفاسق][٦] اهـ

القول الثاني: يشترط في الولي أن يكون صالحاً في دينه، وهو مذهب الشافعية[٧]، والحنابلة،[٨] رحمهم الله.

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [و لا يجوز أن يكون فاسقاً على المنصوص][٩] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وأما اشتراط العدالة فأطلق المصنف فيها روايتين. . . ، إحداهما يشترط عدالته، وهو المذهب][١٠] اهـ

القول الثالث: التفريق بين الأب، والجد، وبين غيرهما، فإن كان أباً، أو جداً فيشترط فيه الصلاح في الدين، وإن كان غيرهما، فلا يشترط، وهو قول لبعض

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٧٣٩/٢، بداية المجتهد ٢٢٣/٤.

(٢) المهذب للشيرازي ٣٧/٢، مغني المحتاج للشربيني ٢٠٠/٣.

(٣) الإنصاف للمرداوي ٧٤/٨.

(٤) المعونة للقاضي عبدالوهاب ٧٣٩/٢.

(٥) مغني المحتاج للشربيني ٢٠١/٣.

(٦) الإنصاف للمرداوي ٧٣/٨.

(٧) المهذب للشيرازي ٣٧/٢، مغني المحتاج للشربيني ٢٠٠/٣ .

(٨) الإنصاف للمرداوي ٧٣/٨ .

(٩) المهذب للشيرازي ٣٧/٢.

(١٠) الإنصاف للمرداوي ٧٤/٨ .

الشافعية،[١] رحمهم الله.

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[ومن أصحابنا من قال:إن كان أبا،أو جدا لم يجز،وإن كان غيرهما من العصبات جاز][٢] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(لا يشترط في الولي الصلاح في الدين)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن الغرض من الولي طلب الحظ للمزوجة،فيزوجها من كفء،والفسق لا ينافي ذلك،بل ربما أثر في زيادة الاحتياط،والأنفة من العار .[٣]

الوجه الثاني: أن الولي الفاسق يصح أن يعقد لنفسه فكذلك عن موليته.[٤]

دليل القول الثاني:(يشترط في الولي الصلاح في الدين)استدلوا بالعقل فقالوا :إنها ولاية،فلم تثبت مع الفسق،كولاية المال .[٥]

دليل القول الثالث:(التفريق بين الأب،والجد،وبين غيرهما)استدلوا بالعقل فقالوا :إن غير الأب والجد يعقدان بالأذن،فجاز أن يكون فاسقا؛كالوكيل.[٦]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،أن الصلاح في الدين غير معتبر في الولي،بشرط أن لا يكون فساد الدين مما يؤثر في الولاية كالدياثة ونحوها؛وذلك لما يأتي:

أولا :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه:أنه قياس مع الفارق،فالفاسق وإن كان لا يحسن التصرف في ماله،فإنه مع ذلك يحتاط لموليته خشية العار.

---

(١)المهذب للشيرازي ٣٧/٢ .

(٢)المصدر السابق .

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٧٣٩/٢ .

(٤)المصدر السابق .

(٥)المهذب للشيرازي ٣٧/٢ .

(٦)المصدر السابق .

ثالثاً :أما استدلال أصحاب القول الثالث فيجاب عنه أن الأب،والجد مع فسقهما،أولى من غيرهما مع الفسق،فإن عاطفة الأبوة تحتم عليهما اختيار ما هو أنسب لموليتهما،فليس غيرهما أولى منهما مع الفسق.

المسألة الثانية :هل صلاح المال مؤثر في رشد الولي في النكاح:

وأما الصلاح في المال للولي في النكاح فلأهل العلم رحمهم الله في تأثيره على الرشد قولان:

القول الأول:أن الولي في النكاح يصح أن يكون غير رشيد في ماله،فلا يرون الصلاح في المال له تأثير في الرشد في النكاح،فلو كان الولي سفيهاً في ماله، صالحاً في دينه،فهو ولي رشيد في النكاح،وهو قول الجمهور من المالكية،[١] والحنابلة،[٢] ووجه عند الشافعية،[٣] رحمهم الله.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله:[وأما الرشد فالمشهور في المذهب؛أعني عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها. . . ،وقال الشافعي:ذلك من شرطها ،وقد روي عن مالك مثل قول الشافعي][٤]اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي[٥]الحنبلي رحمه الله:[ويشترط في الولي. . . ،ورشد :وهو معرفة الكفء،ومصالح النكاح،وليس هو حفظ المال][٦]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[واختلف أصحابنا في المحجور عليه لسفه،فمنهم من قال:يجوز أن يكون ولياً. . . ،ومنهم من قال:لا يجوز][٧]اهـ

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٧٣٩/٢،بداية المجتهد لا بن رشد ٢٢٣/٤.

(٢)الإنصاف للمرداوي ٧٤/٨،كشاف القناع للبهوتي٥٤/٥ .

(٣)مغني المحتاج للشربيني ٢٠٠/٣ .

(٤)بداية المجتهد لا بن رشد ٢٢٣/٤.

(٥)هو الشيخ شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي، لم يحدد تاريخ ولادته،كان فقيهاً، محدثاً، أصولياً،ورعاً،سكن دمشق،وأفتى بها،انتهت إليه مشيخة الحنابلة،والفتوى،توفي رحمه الله سنة٩٦٨هـ (الكواكب السائرة للغزي٣٢٧/٣،شذرات الذهب لابن العماد٣٢٧/٨).

(٦)الإقناع للحجاوي١٧٣/٣.

(٧)المهذب للشيرازي ٣٧/٢.

القول الثاني:أن الولي في النكاح يشترط فيه أن يكون رشيداً في ماله،فلا ولاية لمحجور عليه لسفه،وهو قول للإمام مالك،[1] والمذهب عند الشافعية،[2] رحمهم الله.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله:[وأما الرشد فالمشهور في المذهب؛أعني عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها...،وقال الشافعي:ذلك من شرطها،وقد روي عن مالك مثل قول الشافعي][3]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[لا ولاية ...،وكذا محجور عليه بسفه على المذهب][4]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(لا يشترط الرشد في المال في الولي في النكاح)استدلوا بالعقل فقالوا:إن هذا الولي كامل النظر في أمر النكاح،وإنما يحجر عليه لحفظ ماله،فرشد كل مقام بحسبه.[5]

دليل القول الثاني:(يشترط الرشد في المال في الولي في النكاح) استدلوا بالعقل فقالوا:إن هذا الولي لا يلي أمر نفسه،فلأن لا يلي أمر غيره أولى.[6]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري والعلم عند الله،هو القول بعدم اشتراط الرشد في المال في الولي في النكاح؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل العقل.

ثانياً:أما ما استدل به أصحاب القول الثاني بالعقل،فيجاب عنه أنه لا يسلم بأن غير الرشيد في ماله لا يلي أمر نفسه في النكاح،وإذا ولي أمر نفسه في النكاح ولي أمر غيره.

---

(١)بداية المجتهد لا بن رشد ٤/٢٢٣.

(٢)منهاج الطالبين للنووي٣/١٩٩،مغني المحتاج للشربيني ٣/٢٠٠ .

(٣)بداية المجتهد لا بن رشد ٤/٢٢٣.

(٤)منهاج الطالبين للنووي٣/١٩٩.

(٥)مغني المحتاج للشربيني٣/٢٠٠،الإقناع للحجاوي٣/١٧٣.

(٦)مغني المحتاج للشربيني٣/٢٠٠.

ثالثاً: أن الولاية في المال غير الولاية في الكفاءة، فهما قسمان، فلا يقاس أحدهما على الآخر.[١]

ويظهر مما تقدم أن الصلاح في الدين، والمال غير مشترط في من يلي أمر النكاح، وإنما الرشد في الولي في النكاح هو معرفته لمن هو كفء لموليته، ويكون مدركاً لمصالح النكاح، فإذا كان كذلك فهو رشيد، وله أن يتولى نكاح موليته.

وإذا تبين أن شرط الرشد يكون في أغلب العقود، فإنه يرد السؤال هل إذا صدر عن هذا السفيه تصرف في المال، فهل تصرفه هذا ملزم للطرفين، أم لا؟ والجواب أن التصرف الصادر عن السفيه لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون مأذوناً له بذلك التصرف: حيث يأذن له الولي بالبيع، أو الشراء، ونحوه، فإذا قام ذلك السفيه بما أذن له بالتصرف فيه، بأن باع، أو اشترى على وفق ما صدر له من إذن من وليه، فقد اختلف العلماء رحمهم الله في حكم تصرفه ذلك على قولين:

القول الأول: أن تصرف السفيه المأذون له في حدود ما أذن له به يعتبر صحيحاً، وهو مذهب الحنفية،[٢] والمالكية[٣]، والحنابلة،[٤] ووجه عند الشافعية،[٥] رحمهم الله.

قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله: [وتصرف الذي يعقل إن أجازه وليه، أو كان أذن له يجوز][٦] اهـ

وقال الإمام أبو عبدالله الحطاب المالكي رحمه الله: [إذا باع السفيه، أو اشترى، أو الصغير في حال حجره بغير إذن وليه، فإنه يصح، ويوقف على نظر وليه][٧] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [فإن اشترى بإذن وليه، ففيه

---

(١) بداية المجتهد لا بن رشد ٢٢٣/٤.

(٢) الاختيار للموصلي ٩٤/٢، حاشية رد المحتار لابن عابدين ١٤٨/٦ .

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٢٤٦/٤ .

(٤) المغني لابن قدامة ٣٤٧/٦، الإنصاف للمرداوي ٢٦٧/٤ .

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٩/٥، روضة الطالبين للنووي ١٨٤/٤ .

(٦) الاختيار للموصلي ٩٤/٢.

(٧) مواهب الجليل للحطاب ٢٤٦/٤ .

لأصحابنا وجهان][1]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [أن يكون العاقد جائز التصرف وهو المكلف الرشيد، إلا الصبي المميز، والسفيه، فإنه يصح تصرفهما بإذن وليهما][2]اهـ

القول الثاني: أن تصرفه غير صحيح، وهو الأصح عند الشافعية [3]، ورواية عند الحنابلة، [4] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [فإن اشترى بإذن وليه، ففيه لأصحابنا وجهان][5]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [والثانية: لا يصح حتى يبلغ][6]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (يصح تصرفه إذا أذن له وليه) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أنه عقد معاوضة، فملكه بالإذن؛ كالنكاح.

الوجه الثاني: أنه لو منع تصرفه بالإذن لم يكن هناك طريق إلى معرفة رشده، واختباره [7].

دليل القول الثاني: (لا يصح تصرفه، ولو أذن له وليه) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الحجر عليه؛ لتبذيره، وسوء تصرفه، فإذا أذن له، فقد أذن فيما لا مصلحة فيه، فلم يصح، كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة. [8]

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٩/٥. وقال: هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم.

(٢) المقنع لابن قدامة ٤/٢.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٩/٥، روضة الطالبين للنووي ١٨٤/٤، مغني المحتاج للشربيني ١٠/٢.

(٤) الإنصاف للمرداوي ٢٦٧/٤.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٩/٥.

(٦) المغني لابن قدامة ٣٤٧/٦.

(٧) المصدر السابق ٦١٦/٦.

(٨) المصدر السابق.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بصحة عقد السفيه المأذون له؛ لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني، فيجاب عنه بأنه إنما يأذن له فيما فيه مصلحة، ولكي يعتاد على الأخذ والعطاء فيما يخص البيع، والشراء، ولأن الولي على السفيه لن يأذن له إلا وقد قام بتوجيهه، وإبداء المشورة له، وبيان ما من شأنه أن يكون حافزاً له على أن يتصرف بما فيه المصلحة .

الحالة الثانية: أن يكون غير مأذون له بالتصرف: وفي هذه الحالة يتصرف السفيه من غير أن يأذن له وليه، ففي حكم تصرفه ذلك ثلاثة أقوال لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن الرشد شرط لصحة العقد، فإذا تصرف السفيه في عقد بدون إذن، فإن عقده باطل، وهو مذهب الشافعية [١]، والحنابلة [٢]، رحمهم الله .

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [من لا يصح منه الشراء بغير إذن... ، وهو المحجور عليه بالسفه، إن عقد بيعاً، أو شراء بغير إذن وليه، كان باطلاً] [٣] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [فأما إن تصرف بغير إذن وليه، لم يصح تصرفه] [٤] اهـ

القول الثاني: أن الرشد ليس بشرط في صحة العقد، فيصح العقد من قبل السفيه، ويتوقف على إذن الولي، وهو مذهب المالكية [٥]، وقول أبي يوسف [٦]،

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٩/٥، مغني المحتاج للشربيني ١٠/٢ .

(٢) الشرح الكبير لا بن قدامة ٣٠٧/٢، الإنصاف للمرداوي ٢٦٧/٤.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٩/٥.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٤٧/٦.

(٥) التلقين للقاضي عبدالوهاب ٣٦١/٢، مواهب الجليل للحطاب ٢٤٦/٤ .

(٦) هو الإمام أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي، ولد سنة ١١٣هـ، صحب أبا حنيفة سبع عشرة سنة، قال عنه الإمام أبو حنيفة : (أعلم أصحابي)، كان الخليفة الرشيد رحمه الله يبالغ في إجلاله، توفي رحمه الله يوم الخميس سنة ١٨٢هـ (البداية والنهاية لابن كثير ١٨٠/١٠، سير أعلام النبلاء للذهبي ٤٧٠/٨) .

ومحمد[(١)] من الحنفية،[(٢)] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [و لا يشترط التكليف في الانعقاد، ولكن يقف اللزوم عليه][(٣)] اهـ

وقال الشيخ محمد علاء الحصكفي[(٤)] الحنفي رحمه الله: [وعندهما يحجر على الحر بالسفه، والغفلة، وبه أي بقولهما يفتى؛ صيانة لماله، وعلى قولهما المفتى به فيكون في أحكامه كصغير][(٥)] اهـ

القول الثالث: أن الرشد لا يشترط لصحة العقد، فلو عقد السفيه عقداً، فإنه يعتبر عقداً صحيحاً لازماً، وهو قول أبي حنيفة[(٦)] رحمه الله.

قال الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله: [اعلم أن الحجر عند أبي حنيفة على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه، والدين][(٧)] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (أن الرشد شرط لصحة العقد) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن العقود يعتبر لها الرضا، فلا تصح من غير رشيد؛ كالإقرار.[(٨)]

---

(١) هو الإمام أبو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني الكوفي، ولد بواسط سنة ١٣٢هـ، أخذ بعض الفقه عن أبي حنيفة، وتمم الفقه على القاضي أبي يوسف، ولي القضاء للرشيد، قال الإمام الشافعي رحمه الله: (ما رأيت أعقل منه، كان يملأ العين، والقلب)، توفي رحمه الله هو، والكسائي في يوم واحد، فقال الرشيد: (دفنت اليوم اللغة والفقه جميعاً) وكان ذلك سنة ١٨٩هـ. (البداية والنهاية لابن كثير ١٠/٢٠٢، سير أعلام النبلاء للذهبي ٩/١٣٤).

(٢) الاختيار للموصلي ٢/٩٦، تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٩/٢٦٦.

(٣) عقد الجواهر لابن شاس ٢/٣٢٩.

(٤) هو الشيخ علاء الدين محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بالحصكفي، ولد بدمشق سنة ١٠٢١هـ، كان عالماً، فقيهاً، محدثاً، نحوياً، ولي إفتاء دمشق، كما ولي قضاء عدة مدن، توفي رحمه الله بدمشق سنة ١٠٨٨هـ (خلاصة الأثر للمحبي ٤/٦٣، هدية العارفين للبغدادي ٢/٢٩٦).

(٥) الدر المختار للحصكفي ٦/١٤٨.

(٦) الاختيار للموصلي ٢/٩٦، تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٩/٢٦٦.

(٧) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦/١٤٧.

(٨) كشاف القناع للبهوتي ٣/١٥١.

الوجه الثاني:أن ماله لم يدفع إليه لعدم رشده،فلا يصح تصرفه،وإقراره:كالصبي، والمجنون.[(١)]

دليل القول الثاني:(أن الرشد ليس شرطاً في صحة العقد)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن الحق للمولى فإذا أجازه جاز.[(٢)]

الوجه الثاني:أن ركن التصرف قد وجد،والتوقف للنظر له،وقد نصب الحاكم ناظراً له يتحرى المصلحة فيه.[(٣)]

دليل القول الثالث:(أن الرشد لا يشترط في صحة العقد،ولزومه)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ﴾ [النساء:٩٢].

وقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [المجادلة:٤].

وجه الدلالة :قالوا :إن هذه الآيات في كفارات الظهار،والقتل عامة تجب على كل من تتحقق منه أسبابها شرعاً سفيهاً كان،أو غير سفيه،وارتكاب هذه الأسباب اختياراً نوع من السفه،فدل على أنه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال،ومن ضرورته أن لا يمنع من أداء ما لزمه شرعاً.[(٤)]

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

---

(١)المغني لابن قدامة ٥٩٦/٦ .

(٢)الاختيار للموصلي ٩٤/٢ .

(٣)تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٢٦٩/٩ .

(٤)المبسوط للسرخسي ١٥٩/٢٤ .

الوجه الأول: أن السفيه مخاطب عاقل، فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، فإنه مخاطب عاقل، فلم يحجر عليه، فيكون السفيه مثله، بجامع أن كلاً منهما مخاطب عاقل.

الوجه الثاني: أن سلب ولايته إهدار آدميته، وإلحاقه بالبهائم، وهو أشد ضرراً من التبذير، فلا يتحمل الأعلى بالأدنى.(١)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول باشتراط الرشد لصحة العقد؛ لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أن القول بصحة تصرفه ينافي شرعية الولاية عليه والحجر، فيكون مصادماً للأصل الشرعي المقتضي للحجر عليه، كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۝ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء: ٥-٦].

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل في الوجه الأول، فيجاب عنه: بأن شرعية الولي في الأصل تقتضي بطلان تصرف السفيه، فالأصل بطلان عقده، وإذا كان باطلاً فكيف يحكم بصحته موقوفاً على إجازة الولي.

رابعاً: أما استدلالهم من العقل في الوجه الثاني، فيجاب عنه بأحد جوابين:

الأول: أن تنصيب الولي إلغاء لتصرف السفيه من حيث الأصل، فدل على أن تصرف السفيه لاغٍ.

الثاني: أن ركن التصرف معتبر بالشروط، وليس بذاته، فالرشد نعتبره شرطاً، وهم لا يعتبرونه شرطاً في الركن، فيقال: إن ركن التصرف مقبول بالشرط المعتبر لصحته، كالرضا الذي اعتبروه، مع أن ركن التصرف موجود.

خامساً: أما استدلال أصحاب القول الثالث من النقل فيجاب عنه بما يأتي:

---

(١) الهداية للمرغيناني ٣/٢٨١، تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٩/٢٦٦.

الأول:أن هذا السفه ديني متصل بالشهوات، أو بالاستهتار بالحقوق، وليس له علاقة بالتصرف، فهذا السفه ليس من الرشد المتعلق بالتصرفات، وخلافنا في رشد الدنيا، وليس في السفه المتعلق بالدين .

الثاني:سلمنا أنه نوع سفه، لكن هذا مستثنى باستثناء الشرع، وبقي ما عداه على الأصل الذي دل عليه قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ [النساء:٥]،ولا تعارض بين عام وخاص .

سادساً :أما استدلالهم من العقل في الوجه الأول، فيقال:لا نسلم لكم بأن السفيه كالعاقل؛لزوال الوصف المؤثر في صحة عقده، وهو إحسان التصرف، وإذا سلمنا بأنه كالعاقل، فيقال: يحجر عليه قياساً على المفلس، فإنه مخاطب عاقل، وقد حجر عليه فكذلك السفيه .

سابعاً :أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني، فيقال:إن الجواب على ذلك من عدة وجوه:

الوجه الأول:أن هذا اجتهاد مع النص، ولا اجتهاد مع النص.

الوجه الثاني:لا نسلم أن في ذلك إهداراً لآدميته، لأن المنع من التصرف لا يستلزم إهدار آدميته، بدليل أن الصبي آدمي وليس له التصرف، ومثله المجنون .

الوجه الثالث:لا نسلم أن سلب الآدمية أعظم من التبذير، لأن سلب الآدمية ضرره قاصر، والتبذير ضرره متعدٍ .

الوجه الرابع:سلمنا أنه يتعارض مع آدميته، لكن ورد النص به .

وبهذا يظهر أن غير الرشيد إما أن يتصرف بإذن من الولي، فعقده صحيح لازم، وإما أن يكون تصرفه بغير إذن من وليه؛فإن تصرفه هذا غير صحيح، ومن ثم فلا يلزم.

وبهذا اكتملت الشروط التي يجب أن تتوفر في العاقد، سواء كان ملزِماً، أو ملزَماً، وأنها شروط عامة تشمل العقود على اختلاف أنواعها سواء كانت عقوداً متعلقة بالمال، أو النكاح، أو التبرع، أو التوثيق، فجميعها لا بد من أن تتوفر فيها هذه الشروط حتى يحكم بلزومها، ولا شك في أن اعتبار الشريعة الإسلامية لهذه الشروط كان مبنياً على تحقيق المصالح المقصودة من العقود التي اشترطت فيها هذه الشروط، كما أنه مبني على درء المفاسد. والشرور المترتبة على فقدان العقود لهذه الشروط العامة.

الفصل الثاني

المُلْزَم به وشروطه

الملزم به هو المحل الذي يرد عليه التعاقد الملزم، وهذا المحل يختلف بحسب اختلاف العقود، ويعبر عنه العلماء بمحل العقد أو المعقود عليه، فهو الغاية التي يقصدها المتعاقدان [1]، والملزم به في العقود يختلف بحسب اختلاف أنواع العقود التي أبرمها العاقدان، فإن كانت من عقود المعاوضات المالية فإنه يشمل العوضين الثمن، والمثمن، حيث يقصد أحد العاقدين الثمن ويقصد الآخر المثمن، وقد يكون محل العقد منفعة مقابل الثمن، كما في إجارة الأعيان، والعارية، والمزارعة، والوكالة.

وإن كانت من عقود التبرعات فإن محل العقد هو المتبرع به عيناً كان، أو مالاً، وإن كانت من عقود التوثيقات كان محل العقد ما يمكن الاستفادة منه عند تعذر حصول الحق من الأصل، وفي عقد النكاح يكون محل العقد هو الزوجة، ومقابلها المهر الذي يسلمه الزوج.

فالملزم به هنا تتوقف عليه ماهية الإلزام؛ ولذلك صار ركناً في لزوم العقد، وهذا الركن له شروط لابد من توفرها، وهي شروط عامة في الملزم به، لا تختص بعقد دون آخر، بل هي مشترطة في كل العقود، أو أغلبها، ثم اشتراطها منه ما هو مجمع عليه بين أهل العلم رحمهم الله، ومنه ما هو مختلف فيه ترجح اعتبار شرطيته، وبيان ذلك على النحو التالي:

الشرط الأول: أن يكون الملزَم به موجوداً:

لما كان الملزم به مقصوداً للعاقدين حينما تعاقدا عليه، وكان عدم وجوده أثناء العقد يؤدي إلى الغرر لكلا الطرفين، ويفضي إلى عدم استمرار هذا العقد، فقد اشترط أهل العلم رحمهم الله في الملزم به أن يكون موجوداً وقت العقد، فإن كان معدوماً، أو مجهول الوجود، فإنه يحكم ببطلان العقد، ولذا نجدهم عليهم رحمة الله نصوا في كتبهم على تأثير انعدام الملزم به، وجهالة وجوده في العقد والحكم ببطلانه كما يظهر ذلك من خلال النقولات التالية:

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع منها: أن يكون موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم، وماله خطر العدم، كبيع نتاج النتاج بأن

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٣٣، بداية المجتهد لابن رشد ٤/٢٠، الحاوي الكبير للماوردي ٧/٣٩١، المقنع لابن قدامة ٢/٤.

قال:بعت ولد ولد هذه الناقة،وكذا بيع الحمل لأنه إذا باع الولد فهو بيع معدوم،وإن باع الحمل فله خطر المعدوم][١]اهـ

وقال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله:[وأما الركن الثاني الذي هو المعقود عليه،فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر،والربا ...والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود ..] [٢]اهـ

وقال رحمه الله:[والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه ...،وإما الجهل بوجوده ...][٣]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق][٤]اهـ

وقال العلامة منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[والمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما أشبهه][٥]اهـ

وقد حكى الإجماع على بطلان بيع المعدوم وتحريمه الإمام محيي الدين النووي رحمه الله حيث يقول:[فبيع المعدوم باطل بالإجماع،ونقل ابن المنذر[٦]وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك][٧] . ثم ذكر رحمه الله "أن المراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن التحرز عنه،وأما ما تدعو إليه الحاجة،ولا يمكن التحرز عنه،كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد،أو أكثر،فهذا يصح بيعه بالإجماع،إلى أن قال رحمه الله:نقل العلماء الإجماع أيضا في أشياء غررها حقير."[٨]

---

(١)بدائع الصنائع للكساني ١٣٨/٥ ،ينظر حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٢/٥ .

(٢)بداية المجتهد لابن رشد ٣٠/٥ .

(٣)المصدر السابق ٥٣٤/٤ .

(٤)المهذب للشيرازي ٢٦٩/١ .

(٥)كشاف القناع للبهوتي ١٦٢/٣ .

(٦)هو الإمام أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري،ولد سنة ٢٣١هـ،من فقهاء مكة،والعلماء المبرزين: توفي رحمه الله بمكة سنة ٣٠٩هـ ،وقيل غير ذلك.(سير أعلام النبلاء للذهبي ٤٩٠/١٤ ،ميزان الاعتدال للذهبي٣٨/٦).

(٧)المجموع للنووي ٣١٠/٩ .

(٨)المصدر السابق ٣١١/٩ .

هذا إذا كان العقد مما يقصد به المعاوضة، أما إن كان يقصد به التوثيق، فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في الرهن :[أن يكون محلا قابلا للبيع، وهو أن يكون موجودا وقت العقد][(١)] اهـ

وقال الإمام أبو عبدالله الحطاب المالكي رحمه الله:[ونبه بقوله ما يباع، أو غررا على أنه يشترط في المرهون ما يشترط في الشيء المبيع][(٢)] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله:[ما لا يجوز بيعه...، لا يجوز رهنه][(٣)] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله في الرهن:[والمراد كل عين يجوز بيعها؛لأن المقصود منه الاستيثاق بالدين؛ليتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن عند تعذر استيفائه من الرهن، وهذا يتحقق في كل عين يصح بيعها][(٤)] اهـ

وإن كان الملزم به متبرعا به، فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[أما ما يرجع إلى الموهوب فأنواع:منها أن يكون موجودا][(٥)] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[الموهوب:فما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا][(٦)] اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله في الهبة:[الهبة تمليك جائز التصرف مالا معلوما، أو مجهولا تعذر علمه، موجودا، مقدورا على تسليمه][(٧)] اهـ

وإن كان العقد مرادا به النكاح فقد قال الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله:[قوله:ولا المنكوحة مجهولة، فلو زوج بنته منه، وله بنتان لا يصح، إلا إذا كانت إحداهما متزوجة][(٨)] اهـ

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٣٥.

(٢)مواهب الجليل للحطاب٥/٣.

(٣)المهذب للشيرازي١/٣١٥.

(٤)كشاف القناع للبهوتي٣/٣٢١.

(٥)بدائع الصنائع للكاساني٦/١١٩.

(٦)روضة الطالبين للنووي٥/٣٧٣.

(٧)الإقناع للحجاوي٣/٢٩.

(٨)حاشية رد المحتار لابن عابدين٣/١٥.

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[الركن الثاني:المحل،وهو المرأة الخلية عن الموانع][(١)]اهـ

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله:[ويشترط تعيين الزوجين][(٢)]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله [أحدها :تعيين الزوجين؛لأن النكاح معاوضة أشبه تعيين المبيع في البيع،ولأن المقصود في النكاح التعيين،فلا يصح بدونه][(٣)]اهـ

وبهذا يتضح أن الملزم به في عامة العقود لابد أن يكون موجوداً،حتى لا يؤدي عدمه،والجهل بوجوده،إلى غرر فاحش يبطل به العقد،وهذا الحكم الذي نص عليه هؤلاء العلماء الإجلاء رحمهم الله مبني على النصوص الشرعية الواردة في الكتاب،والسنة.

أما دليل الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة:١٨٨]،فإن هذه الآية عامة تشمل القمار،والخداع،والغصوب،وجحد الحقوق،وما لا تطيب به نفس مالكه،[(٤)]سواء مالك العين،أو الثمن،فإذا كانت العين غير موجودة،وسلم المشتري المال ثمناً لتلك العين،ثم علم بعدم وجودها،فإن نفسه لم تطب بما دفعه؛لعدم تسلمه العين.

وأما السنة:فقد وردت أحاديث كثيرة تنهى عن البيع الذي يترتب عليه غرر،منها ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما(أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حَبَل الحَبلَة)[(٥)]وكان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية:كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها.[(٦)]

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس١٢/٢.

(٢)مغني المحتاج للشربيني١٨٦/٣.

(٣)كشاف القناع للبهوتي١٧٠/٤.

(٤)الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/ ٣٣٨ .

(٥)اختلف في تفسير حبل الحبلة على أقوال،منها ما ذكر عن ابن عمر رضي الله عنه،ومنها: أنه بيع ولد الناقة في الحال،ومنها أنه بيع ما في بطون الأنعام وهو بيع الملاقيح،والمضامين،ومنها: أن المراد بالحبلة الكرمة - العنب - فنهى عن بيع حملها قبل أن تبلغ . ينظر فتح الباري لابن حجر ٣٥٨/٤ شرح مسلم للنووي ١٥٧/١٠،نيل الاوطار للشوكاني ١٦٧/٥

(٦)متفق عليه،صحيح البخاري،كتاب البيوع،باب بيع الغرر وحبل الحبلة، ٢٤/٣،صحيح مسلم،كتاب البيوع،باب تحريم بيع حبل الحبلة، ٣/٥ .

قال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله في شرحه لهذا الحديث:[واختلف العلماء في المراد بالنهي عن بيع حبل الحبلة، فقال جماعة: هو البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة، ويلد ولدها . . . ، وقال آخرون: هو بيع ولد الناقة الحامل في الحال . . . ، وهذا البيع باطل على التفسيرين.

أما الأول: فلأنه بيع بثمن إلى أجل مجهول، والأجل يأخذ قسطاً من الثمن، وأما الثاني: فلأنه بيع معدوم، ومجهول، وغير مملوك، وغير مقدور على تسليمه][1] اهـ

ومنها ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر).[2]

قال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله عند كلامه عن الغرر:[ويدخل فيه مسائل كثيرة، غير منحصرة كبيع الآبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملك البائع عليه ..][3] اهـ

ومنها ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر سنين).[4]

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله:[أما القسم الأول: وهو بيع الثمار قبل أن تخلق، فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك؛ لأنه من باب النهي عن بيع الثمار قبل أن تخلق، ومن باب بيع السنين][5] اهـ

فهذا البيع باطل؛ لأنه من بيع المعدوم الذي لم يخلق، وهذا يظهر أن الشرع لا يلزم بشيء معدوم؛ لما فيه من الغرر، فإذا تم مثل ذلك؛ فإنه عقد باطل لا يلزم أحد الطرفين به .

---

(١)شرح مسلم للنووي ١٥٧/١٠

(٢)رواه مسلم، كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، صحيح مسلم ٣/٥ .

(٣)شرح مسلم للنووي ١٥٦/١٠ .

(٤)رواه الإمام أحمد في المسند ١٦١/٣، وأبو داود، كتاب البيوع، باب بيع السنين ٢٥٤/٣، والنسائي، كتاب البيوع، باب بيع الثمر سنين ٢٦٦/٧، وابن أبي شيبة، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع الثمرة بالسنتين والثلاث، مصنف ابن أبي شيبة ٣٢٠/٧، والطحاوي، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن تناهى، شرح معاني الآثار للطحاوي٢٥/٤ ، ولم يذكر النسائي هذه الرواية في كتابه صحيح سنن أبي داود ٢٢٥.

(٥)بداية المجتهد لابن رشد ٥٤١/٤ .

الشرط الثاني:أن يكون الملزم به معلوما [١] :

العلم ضد الجهل،والمراد بالعلم أن تكون هناك صفات معينة يمكن من خلالها أن يتمكن الطرفان من معرفة الشيء الملزم به،فيتمكن البائع،والمشتري من معرفة المبيع،والثمن،وفي الإجارة يتمكن المستأجر،والمؤجر من معرفة المنفعة،والأجرة المبذولة لقاءها.

والعلم بالملزم به يكون بمعرفة العين،والقدر،والصفة،كأن يقول بعتك سيارتي،ويذكر نوعها، وسنة صنعها،ونحو ذلك من الصفات التي تتم من خلالها معرفة السيارة المباعة،والرؤية للملزم به تكسب العاقدين العلم ،ولذا تقوم مقام الوصف وهي الأصل،والوصف بدل عنها،وقائم مقامها.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[أن يكون المبيع معلوما،وثمنه معلوما، علما يمنع من المنازعة،فإن كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع][٢]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[أن يكون المبيع معلوما للمتعاقدين][٣]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[وشروط المبيع خمسة:أن يكون ظاهرا منتفعا به معلوما][٤]اهـ

وقال العلامة منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله في شروط المبيع:[أن يكون المبيع معلوما لهما : أي البائع،والمشتري؛لأن جهالة المبيع غرر،فيكون منهيا عنه،فلا يصح][٥]اهـ

وإذا كان العقد من العقود التي يقصد بها التوثيق فقد نص طائفة من أهل العلم رحمهم

---

(١)العلم في اللغة:اليقين والمعرفة،يقال:علم يعلم إذا تيقن،وفي الاصطلاح الاعتقاد الجازم المطابق للواقع. المصباح المنير للفيومي١٦٢،التعريفات للجرجاني١٩١.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني ١٥٦/٥،١٧٦/٤ في الإجارة،الهداية للمرغيناني ٢٣١/٣ .

(٣)عقد الجواهر لابن شاس ٣٤١/٢،حاشية الدسوقي ١٠/٣ .

(٤)المجموع للنووي ١٧٤/٩،الحاوي الكبير للماوردي ٣٩٢/٧ في الإجارة،٥٣٤/٧ في الرهن .

(٥)كشاف القناع للبهوتي ١٩٣/٣،٥٤٧/٣ في الإجارة ،٢٤٣/٤ في الوقف .

الله على اشتراط العلم فيها.[١]

فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في الرهن :[أن يكون محلا قابلا للبيع، وهو أن يكون موجودا وقت العقد، مالا مطلقا[٢]، متقوما، مملوكا، معلوما، مقدور التسليم، ونحو ذلك][٣]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[مالا يجوز بيعه... ، لا يجوز رهنه][٤]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وما لا يجوز بيعه، لا يجوز رهنه][٥]اهـ

وأما إذا كان العقد مما يقصد به التبرع،[٦] فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في شروط الموهوب:[ومنها أن يكون محوزا... ، ومنها القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضا][٧]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله في الهبة:[وأن يكون معلوما :فإن كان مجهولا لم يجز][٨]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وإن لم يتعذر علمه؛ فالصحيح من المذهب أنها لا تصح، وعليه جماهير الأصحاب، وأكثرهم قطع به][٩]اهـ

وإن كان العقد نكاحا، فقد قال الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله:[قوله:"ولا

---

(١)لم يشترط المالكية رحمهم الله العلم في التوثيق، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٣/٦٠، بلغة السالك للصاوي٢/١٠٩.

(٢)هذا قيد يخرج:أم الولد، والمدبر المطلق، والمكاتب؛فهؤلاء أحرار من وجه، فلا يكونون أموالا مطلقة. بدائع الصنائع للكاساني٦/١٣٥.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٣٥.

(٤)المهذب للشيرازي١/٣١٥.

(٥)المقنع لابن قدامة٢/١٠٣.

(٦)لم يشترط المالكية رحمهم الله العلم في الموهوب، فأجازوا هبة المجهول، وهكذا الحنابلة رحمهم الله عند تعذر العلم، بداية المجتهد لابن رشد٥/٣٦٢، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٣/٦٠، الإنصاف للمرداوي٧/١٣٢.

(٧)بدائع الصنائع للكاساني٦/١١٩، ١٢٣.

(٨)الحاوي الكبير للماوردي٧/٥٣٤.

(٩)الإنصاف للمرداوي٧/١٣٢.

المنكوحة مجهولة" فلو زوج بنته منه، وله بنتان لا يصح، إلا إذا كانت إحداهما متزوجة][١]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[الركن الثاني:المحل وهو المرأة الخليةعن الموانع][٢]اهـ

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله:[ويشترط تعيين الزوجين] [٣]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله [أحدها :تعيين الزوجين؛لأن النكاح معاوضة أشبه تعيين المبيع في البيع، ولأن المقصود في النكاح التعيين، فلا يصح بدونه][٤]اهـ

هذه بعض نصوص الفقهاء رحمهم الله حول هذا الشرط، والتي يتضح منها أنهم متفقون على اشتراط العلم في الملزم به في أغلب العقود؛حتى لا يؤدي الجهل به إلى الغرر المنهي عنه، فإن كان الملزم به مجهولا جهالة يتحقق معها الغرر، بأن لم يكن معلوم الجنس، أو النوع، أو القدر، فإن العقد لا يعتبر لازما لهما؛لأن الجهالة في الملزم به تفضي إلى المنازعة بين طرفي العقد، وتؤدي إلى التشاح، والتباغض الذي يولد الضغينة بين المسلمين .

الشرط الثالث:أن يكون الملزم به مباحا [٥]:

ضد المباح المحرم، فإذا كان الملزم به محرما، فإن التعاقد عليه لا يصح، وذلك كالخمر، وآلات اللهو، ونحوها، وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على اشتراط الإباحة في الملزم به .

قال الإمام برهان الدين المرغيناني الحنفي رحمه الله:[ولا يجوز الاستئجار على الغناء، والنوح، وكذا سائر الملاهي؛لأنه استئجار على المعصية، والمعصية لا تستحق بالعقد][٦]اهـ

---

(١)حاشية رد المحتار لابن عابدين٣/١٥.

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/١٢.

(٣)مغني المحتاج للشربيني٣/١٨٦.

(٤)كشاف القناع للبهوتي٤/١٧٠.

(٥)المباح في اللغة :من باح الشيء بوحا، يقال:أباح الرجل ماله، إذا أذن في الأخذ، والترك، وجعله مطلق الطرفين، وفي الاصطلاح:ما خير الشارع فيه بين الفعل، والترك من غير اقتضاء، ولا زجر. المصباح المنيرللفيومي٢٦ ، البرهان لإمام الحرمين١/٣١٣.

(٦)الهداية للمرغيناني ٣/٢٤٠ .

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله في شروط المنفعة: [الشرط الأول: الإباحة احترازا من الغناء، وآلات الطرب، ونحوها](١) اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [أن لا يعقداه على أمر منهي عنه يعني بذلك الأعيان المحرمة ..](٢) اهـ

وقال العلامة منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [أن تكون المنفعة مباحة لغير ضرورة](٣) اهـ

هذا إذا كان العقد مما يقصد به المعاوضة، وأما إن كان العقد مما يقصد به التوثيق فكذلك يشترط فيه الطهارة، فقد قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله: [ولا يجوز رهن مالا يجوز بيعه كالحر... ، والميتة، والدم](٤) اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [ومنع في الكتاب من رهن جلود الميتة وإن دبغت، قال: إذ لا يحل بيعها](٥) اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [وما لا يجوز بيعه... ، لا يجوز رهنه](٦) اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وما لا يجوز بيعه، لا يجوز رهنه](٧) اهـ

وأما إذا كان العقد من العقود التي يقصد بها التبرع، فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في الهبة: [أن يكون مالا متقوما، فلا تجوز هبة... ، والخنزير](٨) اهـ

---

(١) الذخيرة للقرافي ٣٩٦/٥ .
(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٣/٥.
(٣) كشاف القناع للبهوتي ٥٥٩/٣ .
(٤) الاختيار للموصلي ٦٣/٢.
(٥) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٧٩/٢.
(٦) المهذب للشيرازي ٣١٥/١.
(٧) المقنع لابن قدامة ١٠٣/٢.
(٨) بدائع الصنائع للكاساني ١١٩/٦.

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [الركن الثالث :الموهوب، ففي الجواهر:هو كل مملوك يقبل النقل، مباح في الشرع][1]اهـ

وقال الإمام محي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [الركن الرابع:الموهوب، فما جاز بيعه جازت هبته ومالا فلا][2]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله عند قول الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: (وكل ما يجوز بيعه): [يعني تصح هبته هذا صحيح، ونص عليه، ومفهومه أن مالا يجوز بيعه لا تجوز هبته، وهذا المذهب][3]اهـ

وإذا كان العقد عقد نكاح، فيشترط في الزوجة أن تكون من غير المحرمات على الزوج، قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله : [ومنها أن تكون المرأة محللة وهي أن لا تكون محرمة][4]اهـ

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [فكل امرأة فجائز في الجملة العقد عليها، ما لم يكن فيها ما يقتضي تحريمها][5]اهـ

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله: [الركن الثاني:الزوجة، ويشترط فيها خلوها من الموانع الآتي بيانها في باب المحرمات][6]اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله : [الخلو من الموانع بأن لا يكون بهما أو بأحدهما ما يمنع التزويج من نسب أو سبب أو اختلاف دين، أو كونها في العدة][7]اهـ

فمن خلال هذه النصوص يتضح عموم هذا الشرط في كافة العقود، ومستند هذا الشرط في البيوع حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إن الله ورسوله حرما بيع الميتة، والخمر، والخنزير، والأصنام، فقيل :يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنه يطلى به السفن، ويستصبح بها ؟ فقال: لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم

---

(١)الذخيرة للقرافي٦/٢٢٦، أما عقد الجواهر الثمينة لابن شاس فلم يذكر مباح في الشرع٣/٦٠.

(٢)روضة الطالبين للنووي٥/٣٧٣.

(٣)الإنصاف للمرداوي٧/١٣١.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني٢/٢٥٦.

(٥)التلقين للقاضي عبدالوهاب٢/٣٠١.

(٦)مغني المحتاج للشربيني٣/١٨٦.

(٧)الإقناع للحجاوي٣/١٧٩.

فباعوها وأكلوا ثمنها)[١]. فإذا كانت العين، أو المنفعة محرمة، فإنه لا يجوز التعاقد عليها، امتثالاً لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع هذه الأعيان المحرمة.

وأما مستند هذا الشرط في عقد النكاح؛ فقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿٢٣﴾ ﴾ [النساء:٢٢-٢٣]. فبين سبحانه وتعالى تحريم هذا النوع من النسوة، وحظر العقد عليهن؛ فدل على اشتراط خلو المرأة من هذا التحريم.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها) .[٢]

ولا شك في أن اشتراط إباحة المحل المعقود عليه من أهمية؛ إذ لا يعقل أن يكون التعاقد على عين، أو منفعة حرمها الشرع؛ لما في ذلك من التضاد، والتناقض الذي تنزه عنه الشريعة الغراء، فإذا فقد هذا الشرط ترتبت المحاذير الشرعية في المعقود عليه، ولذا فإن العقد الذي يشتمل على محرم عقد غير لازم للطرفين لتخلف شرط الإباحة فيه .

فبناء على ما تقدم فإن كل ما يستجد من معاملات يكون الملزم به غير مباح فإن العقد يكون عقداً باطلاً، ولا يحكم بأنه عقد لازم، وقد استجد في هذا العصر كثير من المحرمات، بل ربما خصص لها أماكن كما هو الحال في المحلات التي تبيع آلات اللهو

---

(١) متفق عليه. صحيح البخاري، كتاب البيوع بيع الميتة والأصنام، ٤٣/٣، صحيح مسلم، كتاب البيوع باب تحريم الخمر والميتة والخنزير والأصنام، ٤١/٥ .

(٢) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها ١٢٨/٦، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ١٣٥/٤.

بأنواعها، والجراك، والشيش، وأجهزة استقبال القنوات الفضائية، وغيرها، فكل أمر محرم لا يجوز التعاقد عليه، وإذا حصل التعاقد عليه فإنه يحكم ببطلانه، وعدم لزومه؛لأن شرط اللزوم فيه غير متحقق، وهو إباحة الشيء الملزم به.

الشرط الرابع:أن يكون الملزم به مملوكاً:

من الشروط العامة التي يذكرها أهل العلم رحمهم الله في الملزم به أن يكون مملوكاً للمتعاقدين حتى يصح تصرفهما فيه، لأن المتعاقدين لا يملكان حق التصرف في مال الغير بدون إذنه، فلا وجه للإلزام بتعاقدهما عليه، وهذا الشرط محل اتفاق بين أهل العلم رحمهم الله كما تدل عليه عباراتهم التالية:

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في معرض بيانه للشروط في المعقود عليه:[أن يكون مملوكاً؛لأن البيع تمليك، فلا ينعقد فيما ليس بمملوك، كمن باع الكلأ في أرض مملوكة][1]اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله في شروط المنفعة من كتاب الإجارة:[أن تكون المنفعة مملوكة، احترازاً من الأوقاف، والربط، ومواضع الجلوس في المساجد][2]اهـ

أما الإمام شرف الدين النووي الشافعي رحمه الله فقد قال:[وشروط المبيع خمسة ...، مملوكاً لمن يقع العقد له][3]اهـ

وقال العلامة منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[أن يكون المبيع مملوكاً لبائعه وقت العقد، وكذا الثمن ملكاً تاماً][4]اهـ

هذا إذا كان العقد مما يقصد به العوض، وأما إذا كان العقد يقصد به التوثيق، فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في الرهن :[أن يكون محلاً قابلاً للبيع، وهو أن يكون موجوداً وقت العقد، مالاً، مطلقاً، متقوماً، مملوكاً، معلوماً، مقدور التسليم، ونحو ذلك][5]اهـ

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ١٤٦/٥، ١١٥/٦ في الهبة .

(٢)الذخيرة للقرافي ٤٠٥/٥، الخرشي على خليل ١٨/٣ في البيع .

(٣)المجموع للنووي ١٧٤/٩، الحاوي الكبير للماوردي ٥٣٥/٧ في الهبة .

(٤)كشاف القناع للبهوتي ١٥٧/٣، ٢٢٢/٣.

(٥)بدائع الصنائع للكاساني١٣٥/٦.

وقال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله: [أما الواهب فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب، صحيح الملك] (١) اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه؛لأنه لا يقدر على تسليمه، ولا على بيعه في الدين](٢)اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله : [ولا بد من ملكه، أي الراهن للرهن](٣)اهـ

وهكذا إذا كان العقد يقصد به التبرع فيشترط أن يكون مملوكا، فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في شروط الموهوب: [ومنها أن يكون مملوكا للواهب، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه](٤)اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [الركن الثاني الموهوب:وهو كل مملوك](٥)اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [وأما الشيء الموهوب، فهو كل شيء صح بيعه جازت هبته، وذلك ما اجتمعت عليه أربعة أوصاف:أن يكون مملوكا](٦)اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله : [وما صح بيعه من الأعيان صحت هبته؛لأنها تمليك في الحياة، فتصح فيما يصح فيه البيع، وما لا يصح بيعه لا تصح هبته](٧)اهـ

ومن خلال هذه النقول حول هذا الشرط، يستفاد عدم لزوم العقد إذا كان المعقود عليه وهو الملزم به غير مملوك للعاقد، ومستندهم رحمهم الله في عقود المعاوضات الكتاب، والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة:١٨٨]وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ [النساء:٥]وقوله عز وجل: ﴿ وَجَٰهِدُواْ

---

(١)بداية المجتهد لابن رشد ٥/٣٥٧.

(٢)المهذب للشيرازي١/٣١٥.

(٣)كشاف القناع للبهوتي٣/٣٢٢.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني٦/١١٩.

(٥)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٣/٦٠.

(٦)الحاوي الكبير للماوردي٧/٥٣٤.

(٧)منتهى الإرادات للبهوتي٢/٥٢٢.

بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ [التوبة: ٤١] فقد أسند سبحانه في هذه الآيات وغيرها الأموال إلى المخلوقين مما يدل على امتلاكهم لها، وجواز تصرفهم فيها .

أما السنة فحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: (قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه، ثم ابتاعه من السوق؟ فقال: لا تبع ما ليس عندك).[1]

وجه الدلالة: أن قوله صلى الله عليه وسلم: (لا تبع ما ليس عندك) يدل على عدم جواز أن يبيع المسلم ما لا يملكه، أو لا يقدر على تسليمه، فإن ظاهر النهي تحريم بيع ما لم يكن في ملك الإنسان ولا داخلا تحت مقدرته،[2] قال الإمام الحسين بن مسعود البغوي[3] رحمه الله: [النهي في هذا الحديث عن بيوع الأعيان التي لا يملكها ..][4] اهـ

وهذا الحكم فيه دليل على حرص الشريعة الإسلامية على دفع المفاسد، والأضرار المترتبة على التصرف في أموال الغير، وممتلكاتهم بدون حق، ففي التصرف فيها على هذا الوجه المحرم ظلم لمتلكيها، وأكل لأموالهم بالباطل، كما أن فيه فتحا لباب الخصومات والنزاعات؛ لأن الناس لا يرضون أن يتصرف أحد في أموالهم، فربما أخذتهم الحمية فينتقمون ممن أساء إليهم، فيتصرفون في أموالهم كما تصرفوا في أموالهم، وحينئذ تكثر المفاسد، والأضرار، والشرور، وتصبح حياة الناس فوضى، وهمجية، فقفلت الشريعة

---

(١)رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده ٢٨٣/٣، والترمذي، كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك، وقال: (حديث حكيم بن حزام حديث حسن) ٥٣٤/٣، والنسائي، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع ٢٨٩/٧، وقال الحافظ ابن حجر رحمه الله: [وزعم عبد الحق أن عبدالله بن عصمة ضعيف جدا، ولم يتعقبه ابن القطان بل نقل عن ابن حزم أنه قال: هو مجهول، وهو جرح مردود فقد روى عنه ثلاثة، واحتج به النسائي] تلخيص الحبير لابن حجر ٥/٣، وقال الشيخ عبد القادر الأرناؤوط: إسناده صحيح. جامع الأصول لابن الأثير ٤٥٧/١ الهامش.

(٢)نيل الأوطار للشوكاني ١٧٥/٥ .

(٣)هو الإمام أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، صاحب التصانيف التي بورك له فيها، ورزق فيها القبول، لحسن قصده، وصدق نيته، وتنافس العلماء في تحصيلها، توفي رحمه الله بمرو الروذ سنة ٥١٦ هـ، ودفن بالطالقان(البداية والنهاية لابن كثير ١٩٣/١٢، سير أعلام النبلاء للذهبي ٤٣٩/١٩، دول الإسلام للذهبي ٤٣/٢).

(٤)شرح السنة للبغوي ١٤٠/٨، نيل الأوطار للشوكاني ١٧٥/٥.

الباب، وسدت الذريعة الموصلة إلى هذه المفاسد، والأضرار بتحريم تصرف الإنسان في ملك الغير ببيع، أو هبة، أو غيره مما لم يأذن له به، و لا ولاية له عليه فيه.

مما سبق يظهر أن غير المملوك لا يجوز أن يتصرف فيه غير مالكه إلا بإذن، أو ولاية، وقد ظهر في هذا العصر كثير من التعامل فيما هو ليس بمملوك كما يحدث بين التجار في التخصص الواحد، أو غيره، وذلك حينما يحضر أحد المتسوقين إلى تاجر فيشتري منه مثلا الأدوات، والأجهزة، أو غيرها من السلع الأخرى، ويكون التاجر البائع غير ممتلك لتلك السلعة، وإنما يقوم بشرائها بعد إتمام الصفقة، وضمانه للمشتري، فهو حينئذ بائع لما لم يملكه، فالعقد غير لازم؛ لتخلف شرط الملكية فيه.

الشرط الخامس: أن يكون الملزم به طاهرا:

جاءت الشريعة الإسلامية بتحريم التعاون على الإثم والعدوان، فقال سبحانه وتعالى آمرا عباده بالتعاون على الخير، ناهيا لهم عن التعاون على الإثم: ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾ [المائدة:٢]، فإذا كان الملزم به نجسا وتم التعاقد عليه فإن ذلك من التعاون المحرم؛ ولذا فإن عبارات الفقهاء قد اتفقت على اشتراط الطهارة في الملزم به.

قال الإمام برهان الدين المرغيناني الحنفي رحمه الله في بيع جلود الميتة والانتفاع بها: [ولا بأس ببيعها، والانتفاع بها بعد الدبغ؛ لأنها قد طهرت بالدباغ][1] اهـ أما إذا كانت نجسة وذلك قبل الدبغ فلا يصح بيعها؛ إذ لا يمكن الانتفاع بها.

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [ويشترط فيه — أي في المعقود عليه - أن يكون طاهرا][2] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ويشترط في المبيع لصحة بيعه

---

(١) الهداية للمرغيناني ٤٦/٣، شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٩٢/٦، قال في مجمع الأنهر: [ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل الدباغ؛ لأنها غير منتفع بها، وليست بمال لنجاستها، فيبطل، بخلاف الثوب والدهن المتنجس فإنها عارضة] اهـ ٣٩٢/٢.

(٢) عقد الجواهر لابن شاس ٣٣٣/٢، الذخيرة للقرافي ٢٢٦/٦.

خمسة شروط أحدها الطهارة][1] اهـ ثم ذكر رحمه الله بأنه لا يصح بيع الكلب، والخنزير، وما تولد منهما، ومن الميتة؛ لأنها محرمة العين .

وقال العلامة منصور البهوتي رحمه الله: [ولا يصح بيع أدهان نجسة العين من شحوم الميتة، وغيرها][2] اهـ

هذا إذا كان العقد مما يقصد به المعاوضة، فإن كان العقد يراد به التوثيق، فقد قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله: [ولا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه. . . ، والميتة، والدم؛ لأنه لا يمكن الاستيفاء منها][3] اهـ

وقال الإمام جلال الدين بن شاس المالكي رحمه الله: [ومنع في الكتاب من رهن جلود الميتة وإن دبغت، قال: إذ لا يحل بيعها][4] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [كون العين قابلة للبيع عند حلول الدين، فلا يصح رهن أم الولد. . . ، وسائر ما لا يصح بيعه][5] اهـ

وقال الإمام الموفق بن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه][6] اهـ

وإذا كان العقد يقصد به التبرع،[7] فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله عند بيانه للشروط المعتبرة لصحة الهبة: [أن يكون مالا، متقوما، فلا تجوز هبة. . . ، والخنزير وغيره، على ما ذكرنا في البيع][8] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله في الموهوب: [فما جاز بيعه جازت

---

(١) روضة الطالبين للنووي ٣/ ٣٥٠ .

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٥٦ .

(٣) الاختيار للموصلي ٢/ ٦٣.

(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/ ٥٧٩.

(٥) روضة الطالبين للنووي ٤/ ٤٠.

(٦) المقنع لابن قدامة ٢/ ١٠٣.

(٧) أجاز المالكية رحمهم الله هبة الكلب، وهناك قول عند الحنابلة رحمهم الله بجواز هبة ما يباح به الانتفاع به من النجاسات، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/ ٦٠، الإنصاف للمرداوي ٧/ ١٣٢.

(٨) بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ١١٩.

هبته](1)اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله عند قول الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: (وكل ما يجوز بيعه): [يعني تصح هبته هذا صحيح، ونص عليه، ومفهومه أن مالا يجوز بيعه لا تجوز هبته، وهذا المذهب](2)اهـ

فتبين مما سبق من هذه النصوص في مختلف العقود أن هذا الشرط يعم غالب العقود، وهذا الشرط مستفاد من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن الله ورسوله حرما بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام، فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن، ويستصبح بها ؟ فقال: لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا ثمنها).(3)

وبهذا يتضح أن الملزم به إذا كان غير طاهر، فإن العقد لا يصح، ومن ثم فلا يلزم العقد لأحد منهما.

الشرط السادس: أن يشتمل الملزم به على النفع:

يشترط أهل العلم رحمهم الله في الملزم به أن يكون مالا له قيمة، ويمكن الانتفاع به، فإن لم يكن الملزم به يتصف بالمالية المتقومة التي ينتفع بها، أو كان مشتملا على الضرر، فالعقد يكون غير قابل للإلزام به لبطلانه، فالتصرف بما ليس بمال، كالميتة، والدم، أو بما ليس متقوما كالخمر، أو بما ليس منتفعا به كالهوام، والحشرات على وجه لا فائدة فيه، سواء كان ذلك التصرف بيعا، أو هبة، أو رهنا، أو وقفا، تصرف غير صحيح لعدم توفر هذا الشرط فيه، وإذا لم يصح، فلا وجه للقول بلزوم مثل هذا التصرف .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في بيان شروط المبيع: [أن يكون مالا؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، فلا ينعقد بيع الحر؛ لأنه ليس بمال](4)اهـ

وقال الإمام برهان الدين المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ولا يجوز بيع شعور الإنسان، ولا بيع جلود الميتة قبل الدبغ؛ لأنه غير منتفع به](5)اهـ

---

(1) روضة الطالبين للنووي ٥/٣٧٣.

(2) الإنصاف للمرداوي ٧/١٣١.

(3) تقدم تخريجه ص١٢١.

(4) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٠ في البيع، ٤/ ١٧٦، ٦/١١٥.

(5) الهداية للمرغيناني ٣/٤٥، شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٨٢ .

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله في شروط المنفعة: [كون المنفعة متقومة احترازا من التافه الحقير، الذي لا تجوز مقابلته بالمال في نظر الشرع][(١)]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [أن يكون المبيع منتفعا به، فلا يصح بيع ما لا منفعة فيه][(٢)]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله في البيوع: [أن لا يعقداه على أمر منهي عنه، وما لا منفعة فيه، كالهوام والحشرات][(٣)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في شروط المبيع: [أن يكون المبيع مالا، وهو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة][(٤)]اهـ

وقال العلامة منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [أن يكون المبيع، والثمن مالا؛ لأنه مقابل بالمال، أو هو مبادلة المال بالمال ... ، وينبغي أن يقال كون المبيع مالا، أو نفعا مباحا مطلقا][(٥)]اهـ

هذا إذا كان العقد مما يقصد به العوض، فإن كان مما يقصد به التوثيق، فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في الرهن : [أن يكون محلا قابلا للبيع، وهو أن يكون موجودا وقت العقد، مالا مطلقا، متقوما، مملوكا، معلوما، مقدور التسليم، ونحو ذلك][(٦)]اهـ

وقال الإمام أبو عبدالله الحطاب المالكي رحمه الله: [ونبه بقوله ما يباع، أو غررا على أنه يشترط في المرهون ما يشترط في الشيء المبيع، إلا أنه يغتفر فيه الغرر، فلا يصح رهن الخمر، ولا الخنزير، والميتة][(٧)]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [ما لا يجوز بيعه ... ، لا يجوز

---

(١)الذخيرة للقرافي ٥/٤٠٠.

(٢)عقد الجواهر لابن شاس ٢/٣٣٦، الخرشي على خليل ٣/١٥ .

(٣)الحاوي الكبير للماوردي٥/١٣، مغني المحتاج للشربيني ٢/٥١٠.

(٤)المقنع لابن قدامة٢/٥.

(٥)كشاف القناع للبهوتي٣/١٥٢.

(٦)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٣٥.

(٧)مواهب الجليل للحطاب٥/٣.

رهنه][1] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ومالا يجوز بيعه، لا يجوز رهنه][2] اهـ

وهكذا تشترط المالية والانتفاع في العقد الذي يقصد به التبرع[3] قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في الهبة: [أن يكون مالا متقوما، فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا، كالحر، والميتة][4] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [وأما الشيء الموهوب: فهو كل شيء صح بيعه، جازت هبته][5] اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله: [الهبة تمليك جائز التصرف مالا ...][6] اهـ

ويستخلص مما سبق أن العلماء رحمهم الله قد راعوا في الملزم به أن يكون مالا له قيمة، منتفعا به، فإن لم يكن كذلك؛ فإن العقد لا يصح، ومن ثم فلا وجه للقول بالإلزام فيه للعاقدين.

الشرط السابع: أن يكون الملزم به مقدورا على تسليمه:

إن الملزم به قد يكون موجودا، مملوكا للعاقد، إلا أن مالكه ليس له قدرة على تسليمه، وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله صورا للملزم به غير المقدور على تسليمه، كالبعير الشارد، والمال المغصوب، والطير في الهواء، والسمك في الماء، ونحوها، وقد اتفقوا رحمهم الله على اشتراط القدرة على تسليم الملزم به.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [أن يكون مقدورا على التسليم

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٣١٥.

(٢) المقنع لابن قدامة ٢/١٠٣.

(٣) أجاز المالكية رحمهم الله هبة الكلب، وهناك قول عند الحنابلة رحمهم الله بجواز هبة الكلب، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/٦٠، الإنصاف للمرداوي ٧/١٣٢.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١١٩.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٥٣٤.

(٦) الإقناع للحجاوي ٣/٢٩.

عند العقد ،فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد ،وإن كان مملوكا له كبيع الآبق](1)اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله في بيان شروط المنفعة في الإجارة:[كون المنفعة مقدورا على تسليمها](2)اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله في بيان شروط المبيع:[الشرط الرابع:القدرة على تسليم المبيع،ولابد منها ،وفواتها قد يكون حسا ،وقد يكون شرعا](3)اهـ

وقال العلامة منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[أن يكون المبيع،ومثله الثمن مقدورا على تسليمه حال العقد؛لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم،والمعدوم لا يصح بيعه، فكذا ما أشبهه](4)اهـ

هذا إذا كان العقد مما يقصد به العوض،فإن كان يقصد به التوثيق(5)فقد قال الإمام محمد علاء الحصكفي الحنفي رحمه الله:[وشرطها كون المكفول به نفسا ،أو مالا ،مقدور التسليم من الكفيل](6)اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه؛لأنه لا يقدر على تسليمه،ولا على بيعه،فلم يجز رهنه](7)اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وما لا يجوز بيعه،لا يجوز رهنه](8)اهـ

وإذا كان العقد مما يقصد به التبرع،(9)فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في شروط الهبة:[ومنها القبض،وهو أن يكون الموهوب مقبوضا](10)اهـ

---

(١)بدائع الصنائع للكساني ١٤٧/٥،١٧٦/٤.

(٢)الذخيرة للقرافي ٤١١/٥،عقد الجواهر لابن شاس ٣٣٨/٢.

(٣)روضة الطالبين للنووي ٣٥٧/٣ ،المجموع للنووي ١٧٤/٩ .

(٤)كشاف القناع للبهوتي ١٦٣/٣ .

(٥)أجاز المالكية رحمهم الله رهن العبد الآبق والبعير الشارد إن قبض قبل موت الراهن،عقد جواهر الثمينة٥٧٩/٢.

(٦)الدر المختار للحصكفي٢٨٣/٥.

(٧)المهذب للشيرازي٣١٥/١.

(٨)المقنع لابن قدامة١٠٣/٢.

(٩)أجاز المالكية رحمهم الله هبة الآبق،عقد جواهر الثمينة٥٧٩/٢.

(١٠)بدائع الصنائع للكاساني٤٥٢/٦.

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وما لا يجوز بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملكه عليه، كالمبيع قبل القبض، لا تجوز هبته][1] اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله:[الهبة تمليك جائز التصرف... ، مقدوراً على تسليمه][2] اهـ

وبهذا يظهر اتفاقهم رحمهم الله على اشتراط القدرة على التسليم للملزم به، حتى لا يحدث غرر في العقد، تترتب عليه الخصومة، والأحقاد بين المسلمين، والتي تسعى الشريعة الإسلامية بتفاديها، والقضاء عليها وعلى الأسباب التي تؤدي إليها، وقد استند أهل العلم رحمهم الله في ذلك إلى ما سبق من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه، ولذلك قال الإمام البغوي رحمه الله:[وفي معنى بيع ما ليس عنده ... وبيع العبد الآبق، والطير المنفلت][3] اهـ

كما أن نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة المتقدم، يستفاد منه كذلك أن غير المقدور على تسليمه لا يجوز التعاقد عليه، وقد تقدم قول الإمام محيي الدين النووي رحمه الله، المشتمل على اشتراط القدرة على التسليم، وأن عدم القدرة قد تكون حسية، وقد تكون شرعية.[4]

وبهذا الشرط اكتملت الشروط التي يجب أن تكون في المعقود عليه وهو الركن الثاني من أركان لزوم العقد وهي:

الشرط الأول: أن يكون الملزم به موجوداً .

الشرط الثاني: أن يكون الملزم به مملوكاً.

الشرط الثالث: أن يكون الملزم به معلوماً .

الشرط الرابع: أن يكون الملزم به طاهراً .

الشرط الخامس: أن يكون الملزم به مباحاً.

الشرط السادس: أن يشتمل الملزم به على النفع.

الشرط السابع: أن يكون الملزم به مقدوراً على تسليمه.

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٣١٥.

(٢) الإقناع للحجاوي ٣/٢٩.

(٣) شرح السنة للبغوي ٨/١٤١ .

(٤) ينظر ص ١٣٠.

فإذا اجتمع في الركنين السابقين جميع الشروط فإن العقد بحاجة إلى صيغة يتم بموجبها العقد وهي الركن الثالث المكمل للركنين السابقين، وسيكون بيانها في الفصل التالي.

الفصل الثالث

صيغة لزوم العقد، وشروطها

قد أشرت فيما تقدم بأن صيغة اللزوم هي الركن الذي اتفق أهل العلم رحمهم الله على اعتباره ركنا في العقود، وأما الركنان السابقان فهما عند الجمهور من العلماء، وقد خالفهم علماء الحنفية رحم الله الجميع، وبينت أن الخلاف بين القولين لفظي، وليس بحقيقي.[١]

والصيغة هي الوسيلة التي يعبر بها المتعاقدان عن إرادتهما، ويتحقق العقد بها، ذلك أن الإرادة تكون في نفس الإنسان، فإذا تلفظ دل ذلك اللفظ على ما يريده، ويكنه في صدره .

يقول الإمام ابن قيم الجوزية رحمه الله [إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده، وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات، والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل، أو قول ..][٢] اهـ

وقال أيضا رحمه الله: [إن صيغ العقود ... ، إما إخباريات، وإما إنشاءات، وإما أنها متضمنة للأمرين، فهي إخبارات عما في النفس من المعاني التي تدل على العقود، وإنشاءات لحصول العقود في الخارج، فلفظها موجب لمعناها في الخارج، وهي إخبار عما في النفس من تلك المعاني ..][٣] اهـ

وصيغة الإلزام تختلف تبعا لنوع العقد الذي يراد الإلزام به، وهي تكون بالقول، والفعل، ولها شروط تختص بها كغيرها من الأركان؛ ولذا فقد جعلت هذا الفصل في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:تعريف الصيغة.

المبحث الثاني:أنواع الصيغة .

المبحث الثالث:شروط الصيغة .

---

(١)ينظر ص ٥٣.

(٢)أعلام الموقعين لابن القيم ٣/١٠٥ .

(٣)المصدر السابق ٣/١١٩ .

المبحث الأول

تعريف الصيغة

في اللغة:الصيغة مأخوذة من الصوغ،وهو مصدر للفعل صاغ الشيء،يصوغه،صوغا وصياغة،والياء في الصيغة أصلها واو قلبت لكسر ما قبلها،مثل القيمة،وتطلق الصيغة في اللغة على عدة معان منها:

١)العمل:يقال هذا شيء حسن الصيغة،أي حسن العمل،ومنه قولهم: صاغ الله فلانا صيغة حسنة،أي خلقه .

٢) التقدير:فإذا كان الشيء على قدره قيل: هذا صوغ هذا .

٣) الهيئة،والصورة:يقال : صيغة القول كذا،أي مثاله،وصورته،وصيغة الأمر كذا،وكذا،أي هيئته التي بني عليها .

٤) الوضع،والترتيب:يقال:صاغ شعرا،أو كلاما، أي وضعه،ورتبه.(١)

ويظهر من هذه المعاني أن الفقهاء رحمهم الله استخدموا الصيغة في العقود،استنادا إلى المعنى الرابع،الذي هو الوضع والترتيب،فإن الصيغة في العقود تكون على هيئة،وصورة يفهم منها إرادة العقد كما أن فيها ترتب أحد الأمرين على الآخر،فحينما يبرم العاقدان عقدا من العقود عن طريق الصيغة،فهذه الصيغة مركبة من إيجاب،وقبول،ينبني أحدهما على الآخر،فكان فيها وضع وترتيب.

وفي الاصطلاح: يقول الإمام أبو عبدالله الحطاب رحمه الله في تعريفه لها:[الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع:هو ما يدل على الرضا من البائع،ويسمى الإيجاب،وما يدل على الرضا من المشتري،ويسمى القبول،وسواء كان الدال قولا ...،أو كان فعلا كالمعاطاة] اهـ (٢)

وهذا التعريف خاص في ظاهره بالبيع،إلا أنه يمكن أن يستخلص منه التعريف العام للصيغة بحيث يقال: (جملة أو ما يقوم مقامها تدل على الرضا من المتعاقدين ينشأ بها العقد) .

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٢١/٣،لسان العرب لابن منظور ٤٤٢/٨،القاموس المحيط للفيروزآبادي ١١٠/٣،المصباح المنير للفيومي ١٣٤ .

(٢)مواهب الجليل للحطاب٢٢٨/٤.

فقول:جملة :أي الإيجاب،والقبول اللذان يصدران من المتعاقدين .

فأما الإيجاب في اللغة :فهو مأخوذ من الوجوب،وهو الوقوع،واللزوم،والثبات،يقال وجب البيع وجوبا ،بمعنى حق،ووقع،ولزم،وثبت.(١)

و في الاصطلاح:اختلف العلماء رحمهم الله فيه على قولين:

القول الأول:أن الإيجاب ما يصدر ممن يكون منه التمليك،ونحوه،وهو مذهب الجمهور من المالكية،والشافعية،والحنابلة،رحمهم الله،وقد صرح بذلك جمع من الأئمة رحمهم الله :

قال الإمام أبو عبد الله الحطاب المالكي رحمه الله:[... الصيغة التي ينعقد بها البيع،وهو ما يدل على الرضا من البائع،ويسمى الإيجاب،وما يدل على الرضا من المشتري،ويسمى القبول] اهـ(٢)

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[الصيغة :وهي الإيجاب من جهة البائع ... ،والقبول من المشتري] اهـ(٣)

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[الإيجاب:وهو ما يصدر من بائع ... ،والقبول: ما يصدر من مشتر] اهـ (٤)

القول الثاني:أن الإيجاب ما يصدر أولا ،سواء وقع من البائع،أو المشتري،ومن في حكمهما ،وهو مذهب الحنفية رحمهم الله.

قال الإمام كمال الدين ابن الهمام الحنفي رحمه الله:[والإيجاب ... المراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا ،سواء وقع من البائع،كبعت،أو من المشتري؛كأن يبتدئ المشتري فيقول:اشتريت هذا بألف ... ،والقبول الفعل الثاني،وإلا فكل منهما إيجاب،أي إثبات؛ فسمي الإثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الإثبات الأول؛ولأنه يقع قبولا ،ورضا بفعل الأول] اهـ(٥)

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٨٩/٦،المصباح المنير للفيومي ٢٤٨ .

(٢)مواهب الجليل للحطاب ٢٢٨/٤ .

(٣)روضة الطالبين للنووي ٣٣٦/٣ .

(٤)كشاف القناع للبهوتي ١٤٦/٣ .

(٥)شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٠/٦ .

أما القبول في اللغة :فهو بفتح القاف وضمها ، مصدر قبل، يقال:قبلت الشيء قبولا ، إذا رضيته وأخذته ، وقبلت القول، إذا صدقته.[١]

وأما في الاصطلاح:فقد تقدم الخلاف بين الجمهور والحنفية ، رحمهم الله ، فالجمهور يرون أن القبول: ما يصدر من الطرف الآخر الذي يكون منه التملك . وأما الحنفية فأنهم يرون أن الفعل الثاني هو الذي يسمى قبولا ، سواء وقع من البائع أو من المشتري.

وأما "ما يقوم مقامها":فالمراد به ما يقوم مقام القول، وهو الفعل الذي يدل على الإيجاب والقبول، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان خلاف أهل العلم رحمهم الله في اعتبار الفعل قائما مقام القول في صيغة العقد .[٢]

وأما قولنا :"تدل على الرضا من المتعاقدين":فلأن الرضا شرط لصحة العقد ، وهو أمر باطني إنما يمكن معرفته عن طريق الصيغة ، وقد تقدم قول الإمام ابن قيم الجوزية رحمه الله في بيان أهمية الألفاظ ، وأنها تعتبر تعريفا ، ودلالة على ما في نفوس العباد.[٣]

وأما قولنا : "ينشأ بها العقد":أي أن هذه الصيغة سواء كانت قولية ، أو فعلية فإنها يرتبط بها المتعاقدان، ويوجد بها العقد ، فإذا لم تتم من الطرفين فإن العقد لم ينشأ بعد ، ولم يوجد.

---

(١)لسان العرب لابن منظور ١١/٥٣٧ ـ ٥٤٠ ، المصباح المنير للفيومي ١٨٦ .

(٢)ينظر ص ١٤٧.

(٣)ينظر ص ١٣٣.

المبحث الثاني

أنواع الصيغة

الصيغة التي يتم الإلزام بها لها صور عديدة وتنحصر هذه الصور تحت نوعين هما:

النوع الأول:الصيغة القولية .

النوع الثاني:الصيغة الفعلية .

وكل نوع منهما له أحكام تخصه ،وليست كلها محل اتفاق بين أهل العلم رحمهم الله،بل منها المتفق عليه،ومنها المختلف فيه،وبيان ذلك على التفصيل الآتي:

النوع الأول:الصيغة القولية:

هذا النوع عادة ما يبدأ الفقهاء رحمهم الله به عند ذكرهم لركن الصيغة؛لأنه أقوى النوعين،وأدلهما على مقصود العاقدين،والإفصاح عن مكنون صدريهما،كما أن الصيغة القولية هي الأكثر استعمالا في العقود،وشيوعا بين الناس،وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على أن العقد يتم بالصيغة القولية إذا تلفظ العاقدان بلغة يفهم منها المراد وكانت دالة على العقد الذي يريدان إبرامه.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[البيع ينعقد بالإيجاب،والقبول،إذا كانا بلفظي الماضي،مثل قول أحدهما: بعت،والآخر: اشتريت ..] [1]اهـ

وقال الإمام أبو عبدالله الحطاب المالكي رحمه الله:[الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع:هو ما يدل على الرضا من البائع،ويسمى الإيجاب،وما يدل على الرضا من المشتري،ويسمى القبول،سواء كان الدال قولا ،كقول البائع: بعتك ... ،وقول المشتري: اشتريت ...] اهـ[2]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[الصيغة هي:الإيجاب من جهة البائع، كقول: (بعتك) ... ،والقبول من المشتري، كقول: قبلت ..] [3]اهـ

---

(١)الهداية للمرغيناني ٢١/٣ ،ينظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٠/٦ ،حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٠٤/٤.

(٢)مواهب الجليل للحطاب ٢٢٨/٤ ،ينظر شرح الزرقاني ٣/٣ .

(٣)روضة الطالبين للنووي ٣٣٦/٣ ،المجموع للنووي ١٩٠/٩ ،مغني المحتاج للشربيني ٣/٢ ،

وقال الإمام الموفق بن قدامة الحنبلي رحمه الله:[والبيع على ضربين:أحدهما الإيجاب، والقبول، فالإيجاب أن يقول:بعتك . . . ، والقبول، أن يقول:اشتريت ..] (١)اهـ

إذا تقرر أن العقد ينعقد بالصيغة القولية عند عامة أهل العلم، فإنهم كذلك متفقون على أن الصيغة لا تتقيد بألفاظ معينة، بل كل لفظ دل على المقصود، وفهم منه مراد العاقدين، فهو لفظ معتبر في صيغة الإلزام، ولم يكن هناك استثناء إلا لبعض العقود، كما سيتضح مما يأتي .

قال الإمام كمال الدين ابن الهمام الحنفي رحمه الله:[. . .فقال:بعتكه، وقال:اشتريته بدرهم فقال:رضيت، أو قال:بعتكه بكذا، فقال:فعلت، أو أجزت، أو أخذت، كل هذه الألفاظ من قبل البائع، أو المشتري يتم بها البيع؛لإفادتها إثبات المعنى، والرضا به](٢)اهـ

وقال رحمه الله أيضا شرحا لقول صاحب الهداية: (لأنها تؤدي معنى البيع، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود):[ألا يرى إلى ما قالوا:لو قال:وهبت لك هذه الدار، أو هذا العبد بثوبك هذا ، فرضي، فهو بيع بالإجماع](٣)اهـ

وقال الإمام أبو عبد الله الحطاب المالكي رحمه الله:[فليس للإيجاب، والقبول لفظ معين، وكل لفظ، أو إشارة، فهم منها الإيجاب، والقبول، لزم به البيع، وسائر العقود](٤)اهـ

وقال الإمام محمد بهادر الزركشي الشافعي رحمه الله:[ليس لنا عقد يختص بصيغة إلا شيئين النكاح، والسلم] (٥)اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[وهي أي الصيغة القولية غير منحصرة في لفظ بعينه كبعت، واشتريت؛بل هي كل ما أدى معنى البيع؛لأن الشارع لم يخصه بصيغة معينة، فتناول كل ما أدى معناه] (٦)اهـ

وبناء على هذه النقول من المذاهب الأربعة فإن الصيغة لا يشترط فيها لفظ معين، ولا عبارة مخصوصة، يقولها العاقدان لأجل أن يتم العقد، بل كل لفظ، وعبارة تؤدي إلى إيضاح

---

(١)المغني لابن قدامة ٧/٦، كشاف القناع للبهوتي ١٤٦/٣، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٣٢٨/٤.

(٢)شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٢/٦ .

(٣)المصدر السابق ٢٣٣/٦ .

(٤)مواهب الجليل للحطاب ٢٢٩/٤ .

(٥)المنثور في القواعد للزركشي ٤١٢/٢ مغني المحتاج للشربيني ١٨٣/٤ .

(٦)كشاف القناع للبهوتي ١٤٧/٣ .

المراد النفسي للعاقدين، وتبين رضاهما، فهي صيغة معتبرة في إبرام العقود، إلا أن هناك بعض العقود التي رأى بعض أهل العلم رحمهم الله أنها مستثناة من هذا العموم، وأن لها صيغة معينة تنعقد بها، وهذه العقود هي:

أولا: عقد النكاح:

ينقسم لفظ عقد النكاح إلى قسمين:

القسم الأول: ما كان دالا على النكاح من لفظ النكاح، والتزويج، فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في صحة عقد النكاح بمثل هذا اللفظ.[1]

القسم الثاني: ما كان من غير لفظ الإنكاح، والتزويج، كالهبة، والتمليك، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في قبول هذه الصيغة على قولين:

القول الأول: أن عقد النكاح يصح بكل لفظ يدل على تمليك العين في حال الحياة كالهبة، والصدقة، والتمليك، ونحوه إذا نوى العاقدان بها النكاح، وكان الشهود على علم بمراد العاقدين، وأن قصدهما بهذا اللفظ النكاح، وهو مذهب الحنفية[2]، والمالكية[3]، ورواية عن الإمام أحمد[4]، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية،[5] والإمام ابن قيم الجوزية،[6] رحم الله الجميع.

قال الإمام أبو عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله: [وينعقد بلفظ النكاح، والتزويج، والهبة، والصدقة، والتمليك..][7] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [الصيغة: وهي كل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد في حال الحياة، كالإنكاح، والتزويج، والتمليك، والبيع، والهبة][8] اهـ

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٥٩/١، المغني لابن قدامة ٤٦٠/٩

(٢) الاختيار للموصلي ٨٣/٣، شرح فتح القدير لابن الهمام ٣/ ١٨٦.

(٣) بداية المجتهد لا بن رشد ٢٠٦/٤، عقد الجواهر الثمينة لا بن شاس ١١/٢، الذخيرة للقرافي ٣٩٧/٤.

(٤) الإنصاف للمرداوي ٤٥/٨.

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/ ٥٣٣.

(٦) أعلام الموقعين لابن القيم ٢٣/٢.

(٧) الاختيار للموصلي ٨٣/٣.

(٨) عقد الجواهر الثمينة لا بن شاس ١١/٢.

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله بعد ذكره أن المذهب عدم صحة عقد النكاح بغير لفظ الإنكاح، والتزويج:[وقيل: يصح وينعقد بالكناية أيضا][(١)]اهـ

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله:[وطرد هذا في النكاح فإن أصح قولي العلماء أنه ينعقد بكل لفظ يدل عليه، و لا يختص بلفظ الإنكاح، والتزويج][(٢)]اهـ

وقال الإمام ابن قيم الجوزية رحمه الله:[تنازع الفقهاء في الإجارة هل تنعقد بلفظ البيع؟ على وجهين، والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما، وهذا حكم شامل لجميع العقود... ، ولا فرق بين النكاح وغيره][(٣)]اهـ

القول الثاني: أن عقد النكاح لا يصح إلا بلفظ النكاح، والتزويج، وهو مذهب الشافعية، [(٤)] والحنابلة، [(٥)] رحمهم الله .

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[لا يصح العقد إلا بلفظ التزويج، أو الإنكاح][(٦)]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله عند قول الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله : (و لا ينعقد الإيجاب إلا بلفظ النكاح، والتزويج) :[اعلم أن الصحيح من المذهب أن النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب، والقبول بهذه الألفاظ لا غير][(٧)]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(يصح عقد النكاح بكل لفظ يدل التمليك)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل، فمن القرآن قوله تعالى: ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [الأحزاب:٥٠]عطفا على

---

(١)الإنصاف للمرداوي ٨/٤٥ .

(٢)مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/ ٥٣٣ .

(٣)أعلام الموقعين لابن القيم ٢/٢٣ .

(٤)المهذب للشيرازي ٢/٤٢ ، الحاوي الكبير للماوردي ٩/١٥٢ ، مغني المحتاج للشربيني ٣/١٨٢ .

(٥)المغني لابن قدامة ٩/٤٦٠ ، كشاف القناع للبهوتي٥/٣٧ .

(٦)المهذب للشيرازي ٢/٤٢.

(٧)الإنصاف للمرداوي٨/٤٥.

المحللات في قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّـٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الأحزاب: ٥٠]

وجه الدلالة: أخبر سبحانه أن المرأة المؤمنة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم عند استنكاحها إياه حلال له، وقد كان ذلك بلفظ الهبة، وما كان مشروعا في حق النبي صلى الله عليه وسلم، فهو مشروع في حق أمته، حتى يقوم دليل الخصوص.[1]

ومن السنة: حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه، وفيه أن رسول الله عليه وسلم قال: (اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن).[2]

ووجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج الصحابي رضي الله عنه بقوله: (ملكتكها)، فدل على أن عقد النكاح لا يشترط فيه لفظ الإنكاح، والتزويج، بل يصح بكل لفظ دال على الرضا بعقده، كالهبة، والتمليك.

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن لفظ الهبة، والصدقة، والتمليك من الألفاظ التي تفيد الملك، والنكاح سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة، فإن الزوج إذا ملك رقبة زوجته، كان ذلك سببا لملك المتعة، فانعقد النكاح بهذه الألفاظ.[3]

دليل القول الثاني: (لا يصح عقد النكاح إلا بلفظ النكاح، والتزويج) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل، فمن القرآن قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [النساء: ٢٢].

وقوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَـٰكَهَا ﴾ [الأحزاب: ٣٧].

وجه الدلالة: أن هذين اللفظين هما اللذان ورد بهما القرآن في شأن عقد النكاح، فوجب

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٠/١، شرح فتح القدير لابن الهمام ١٨٦/٣ .

(٢) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر ١٢٢/٦، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم القرآن ١٤٣/٤ .

(٣) الاختيار للموصلي ٨٣/٣ .

الوقوف معهما تعبدا، واحتياطا.[١]

وقوله تعالى: ﴿ وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةٗ لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۗ ﴾ [الأحزاب:٥٠].

وجه الدلالة: أن الله تعالى ذكر أن التزويج بلفظ الهبة خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم، دون غيره، فدل على عدم صحة عقد النكاح بلفظ الهبة في حق غير رسول الله صلى الله عليه وسلم.[٢]

ومن السنة حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة الوداع: (.. اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله)[٣] الحديث

وجه الدلالة: أن النبي عليه الصلاة والسلام بين أن استحلال فروج النساء بكتاب الله، وليس في كتاب الله إلا لفظ النكاح، والتزويج، فدل على أنه لا يستحل الفروج إلا بهما.[٤]

وأما دليلهم من العقل فمن ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن هذه الألفاظ ينعقد بها غير النكاح، فلم ينعقد بها النكاح، كلفظ الإجارة، والإباحة، والإحلال.

الوجه الثاني: أن هذه الألفاظ ليست صريحة في النكاح، فلا ينعقد بها.

الوجه الثالث: أن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية، ولا يمكن الشهادة على النية؛ لعدم اطلاعهم عليها، فيجب أن لا ينعقد النكاح بها.[٥]

الترجيح:

---

(١) مغني المحتاج للشربيني ١٨٢/٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٦٠/٩.

(٣) رواه مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، صحيح مسلم ٤١/٤.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ١٥٤/٩.

(٥) المغني لابن قدامة ٤٦١/٩.

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن عقد النكاح ينعقد بكل لفظ يدل على التمليك وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل والعقل.

ثانيا: أما استدلال أصحاب القول الثاني من الكتاب، فيقال: لا يسلم بأن الذي ورد في القرآن هو لفظ النكاح، والتزويج، بل ورد غيرهما وهو لفظ الهبة، كما في الآية السابقة.

فإن قيل: إن ذلك خاص به صلى الله عليه وسلم [1] بدليل قوله تعالى: ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، فالجواب: أن الخصوصية هنا هي في النكاح بغير مهر، لا في النكاح بلفظ الهبة فقوله تعالى: ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [الأحزاب: ٥٠] يرجع إلى المهر، لا إلى لفظ الهبة، ويدل لذلك عدة أمور:

الأمر الأول: أن الله تبارك وتعالى ذكر عقب ذلك قوله تعالى: ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، فصار الحاصل: أحللنا لك الأزواج المؤتى مهورهن، والتي وهبت نفسها فلم تأخذ مهرا، خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين، أما هم فقد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم من المهر، وغيره.

الأمر الثاني: قوله تعالى: ﴿ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، ومعلوم أنه لا حرج كان يلحقه في نفس العبارة، فالحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره، خصوصا بالنسبة إلى أفصح العرب، بل في لزوم المال.

الأمر الثالث: أن هذا خرج مخرج الامتنان عليه، وذلك إنما يكون في سقوط المهر الذي اختص به، لا في إسقاط لفظ الإنكاح، والتزويج، واستبدالهما بلفظ الهبة. [2]

ثالثا: أما استدلال أصحاب القول الثاني من السنة فيجاب عنه: بأن كلمة تحتمل حكم الله عز وجل [3] كقوله تعالى: ﴿ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ ﴾ [طه: ١٢٩].

---

(١) المصدر السابق ٩/٤٦٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣٠، شرح فتح القدير لا بن الهمام ٣/١٨٦ المبسوط للسرخسي ٥/٦٠.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣٠.

رابعا :أما استدلالهم بالوجه الأول من العقل،فيجاب عنه بأن الأصل عدم صحة النكاح إلا بلفظه،فورد الكتاب بلفظ الهبة،ووردت السنة بلفظ التمليك فاستثنيا،وبقي ما عداهما على الأصل،فلم يصح الاعتراض به؛لأنه لا مستثني له.

خامسا :أما استدلالهم بالوجه الثاني من العقل،فيجاب بأن هذه الألفاظ وإن كانت غير صريحة في النكاح إلا أنها في حكم الصريح في دلالتها على المقصود،وقد فهم بها كل واحد من المتعاقدين ما يفهمه من الصريح،ويقصده،فكانت في حكم الصريح،ومنزلة منزلته.

سادسا :أما استدلالهم بالوجه الثالث من العقل فيجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول:مقتضى قولنا أن الشهود يكون لديهم علم بمراد العاقدين،فإن العاقد إذا قال: وهبت ابنتي منك بصداق كذا،فإنهم أي الشهود يعلمون أنه أراد النكاح.[١]

الوجه الثاني:أن ذكر المهر مع لفظ الهبة،يجعل الكناية معلومة للشهود،دون الاطلاع على نية العاقدين .

وبهذا يتضح أن عقد النكاح كغيره من العقود يصح بكل لفظ دال على التمليك،سواء كان من صريح النكاح كالتزويج،أو من غير صريحه،حتى ولو كان بلفظ الهبة، والصدقة.

ثانيا:عقد السلم:

يعتبر السلم نوعا من البيع، غير أن له صفة تخصه،فرأس المال مقدم في مجلس العقد،بينما يكون الثمن مؤجلا إلى أجل محدد،وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على انعقاده بلفظ أسلمت،و أسلفت[٢]؛وهما حقيقة في الدلالة على هذا العقد[٣]،وإنما اختلفوا في انعقاده بغير هذين اللفظين كالبيع،والتمليك،ونحو ذلك على قولين:

القول الأول:أن عقد السلم ينعقد بغير هذين اللفظين كبعتك،واشتريت منك؛وهو مذهب

---

(١)المبسوط ٦٠/٥ .

(٢)حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢٠٩/٥،مواهب الجليل للحطاب ٥١٤/٤ المهذب للشيرازي ٣٠٤/١،كشاف القناع للبهوتي ٢٨٩/٣ .

(٣)كشاف القناع للبهوتي ٢٨٩/٣،الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٥/٥ .

الحنفية[١]، والمالكية، [٢] والحنابلة، [٣] وهو ووجه عند الشافعية، [٤] رحمهم الله .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وكذا إذا قال المسلم إليه: بعت منك كذا، وذكر شرائط السلم، فقال رب السلم: قبلت ..] [٥] اهـ

وقال الإمام جلال الدين بن شاس المالكي رحمه الله: [ولو أسلم بلفظ الشراء، انعقد سلما، وعجل رأس المال] [٦] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ويصح السلم بلفظ بيع ..] [٧] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [وفي لفظ البيع وجهان ..، ومنهم من قال: ينعقد ..] [٨] اهـ

القول الثاني: أن عقد السلم لا ينعقد بغير لفظ السلم، والسلف، وهو قول الإمام زفر[٩] من الحنفية[١٠] والأصح عند الشافعية، [١١] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وقال زفر: لا ينعقد إلا بلفظ السلم..] [١٢] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [وفي لفظ البيع وجهان: من

---

(١) بدائع الصنائع للكساني ٢٠١/٥، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢٠٩/٥ .

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٥٥/٢، الخرشي على مختصر خليل ٢٢٣/٣ .

(٣) التوضيح للشويكي ٦٤٥/٢، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٥/٥ .

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٣٨٩/٥، حلية العلماء للقفال ٣٥٩/٤ .

(٥) بدائع الصنائع للكساني ٢٠١/٥ .

(٦) عقد الجواهر الثمينة لا بن شاس ٥٥٥/٢ .

(٧) كشاف القناع للبهوتي ٢٨٩/٣ .

(٨) المهذب للشيرازي ٣٠٤/١.

(٩) هو الإمام أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس بن سلم، ولد سنة ١١٠هـ، كان ثقة مأمونا، من بحور الفقه، وأذكياء الوقت، ذا عقل، ودين، وفهم، وورع، توفي رحمه الله سنة ١٥٨هـ (الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٨٧/٦، سير أعلام النبلاء للذهبي ٣٨/٨، الطبقات السنية في تراجم الحنفية لتقي الدين التميمي ٢٥٤/٣).

(١٠) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠١/٥ .

(١١) المهذب للشيرازي ٣٠٤/١، مغني المحتاج للشربيني ١٤٢/٢، وفيه [وهذا هو الأصح في أصل الروضة]

(١٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠١/٥ .

أصحابنا من قال:لا ينعقد السلم بلفظ البيع][1]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(ينعقد بلفظ البيع) استدلوا بالعقل،فقالوا :إن السلم نوع بيع يقتضي القبض في المجلس فانعقد بلفظ البيع كالصرف.[2]

دليل القول الثاني:(لا ينعقد بلفظ البيع) استدلوا بالعقل.فقالوا :إن السلم غير البيع،فلا ينعقد بلفظ البيع.[3]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بأن السلم ينعقد بلفظ البيع،وبكل ما يدل على العقد من الألفاظ التي يعرف بها مقصود المتعاقدين،قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في الإجارة :[والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت،فأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما انعقد به العقد،وهذا عام في جميع العقود،فإن الشارع لم يحد من ألفاظ العقود حداً،بل ذكرها مطلقة،فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية،والرومية،وغيرهما من الألسن العجمية،فهي تنعقد بما يدل عليها من الألفاظ العربية..][4]اهـ

وبصحة عقد السلم بأي لفظ يدل عليه يظهر أن العقود كلها ليس لها لفظ معين تنعقد به،بل كل ما دل على مراد العاقد،وقصده على الوجه المعتبر فإنه ينعقد به العقد،دون أن يكون مقيداً بلفظ معين مخصوص، والله تعالى أعلى وأعلم.

النوع الثاني:الصيغة الفعلية:سبق أن الصيغة إما أن تكون قولية،وإما أن تكون فعلية،وأن أهل العلم رحمهم الله عادة ما يبدءون بالقولية؛لقوتها،وكثرة استعمالها،[5]إلا أن العقد ربما انعقد بغير اللفظ،وهو الفعل،ويتنوع هذا الفعل،فقد يكون معاطاة،أو إشارة،أو كتابة،ولكل واحد منها تفصيل يخصه .

---

(١)المهذب للشيرازي ٣٠٤/١.

(٢)بدائع الصنائع للكساني ٢٠١/٥.

(٣)المهذب للشيرازي ٣٠٤/١،الحاوي الكبير للماوردي ٣٨٩/٥ .

(٤)مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٣٣/٢٠ .

(٥)ينظر ص ١٢٧.

أولا: التعاقد بالمعاطاة: وهي لغة: مأخوذة من العطو، وهو التناول باليد، ومنه اشتق الإعطاء، والمعاطاة: المناولة، وقد أعطاه الشيء إذا ناوله إياه بيده.[1]

وهي في اصطلاح الفقهاء لا تخرج عن المعنى اللغوي، إلا أن استعمال الفقهاء رحمهم الله خصها بنوع خاص من المناولة، وهو المناولة بقصد التعاقد؛ ولهذا قال في المصباح المنير: [لكن استعملها الفقهاء في مبادلة خاصة][2] اهـ، وهذه المبادلة المراد بها أن يعطي الثمن، فيعطيه المثمن، فالمعاطاة عند الفقهاء رحمهم الله هي: أن يتبادل المتعاقدان بالفعل، دون أن يتلفظ أحدهما، أو كلاهما.[3]

وهذه الصيغة تسمى بالمعاطاة،[4] أو الدلالة الحالية،[5] أو الصيغة الفعلية،[6] وإن كان الاسم الأول هو الأكثر استعمالا، وصورة التعاقد بالمعاطاة: أن يسلم كل من الطرفين المعقود عليه للآخر، فيقوم بأخذه دون أن يكون هناك تلفظ، ومحل بحث الصيغة عند الفقهاء رحمهم الله في صيغة البيع حيث اختلفوا رحمهم الله في انعقاده بها بالمعاطاة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن البيع يصح بالمعاطاة، وهو مذهب الحنفية،[7] والمالكية،[8] والحنابلة،[9] وقول للشافعية، اختاره الإمام النووي،[10] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [أما ركن البيع، فهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وذلك قد يكون بالقول، وقد يكون بالفعل..][11] اهـ

---

(1) معجم مقاييس اللغة لا بن فارس ٣٥٣/٤، لسان العرب لابن منظور ٦٨/١٥، المصباح المنير للفيومي ١٥٨.

(2) المصباح المنير للفيومي ١٥٨ .

(3) مواهب الجليل للحطاب ٢٢٨/٤.

(4) حاشية رد المحتار لابن عابدين ١٣/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣، روضة الطالبين للنووي ٣٣٦/٣، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٣٣٠/٤ .

(5) كشاف القناع للبهوتي ١٤٨/٣ .

(6) الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٣٣٠/٤.

(7) بدائع الصنائع للكساني ١٣٤/٥، شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٢/٦ .

(8) عقد الجواهر الثمينة لا بن شاس ٣٢٧/٢، مواهب الجليل للحطاب ٢٢٨/٤ .

(9) المغني لابن قدامة ٧/٦ والإنصاف للمرداوي ٢٦٣/٤ .

(10) المجموع للنووي ١٩٠/٩، روضة الطالبين للنووي ٣٣٦/٣ .

(11) بدائع الصنائع للكساني ١٣٣/٥ .

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[ما ينعقد به البيع،وهو صيغة الإيجاب، والقبول، أو ما يشاركهما في الدلالة على الرضى الباطن من قول، أو فعل قصد به ذلك، فيكفي المعاطاة][(١)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[الضرب الثاني:المعاطاة... ،فهذا بيع صحيح][(٢)]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[واختار جماعات من أصحابنا جواز المعاطاة فيما يعد بيعا... ،وهذا هو المختار..][(٣)]اهـ

القول الثاني:أن البيع لا يصح بالمعاطاة،وهو مذهب الشافعية،[(٤)]ورواية عن الإمام أحمد،[(٥)]رحمهم الله .

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[و لا ينعقد البيع إلا بالإيجاب، والقبول، فأما المعاطاة، فلا ينعقد بها البيع..][(٦)]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله عند بيانه للروايات في مسألة البيع بالمعاطاة:[وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ لا يصح مطلقا][(٧)]اهـ

القول الثالث:أن البيع لا يصح بالمعاطاة إلا في الحقير، دون النفيس[(٨)]،وهو قول الإمام

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٣٢٧.

(٢)المغني لابن قدامة٦/٧.

(٣)المجموع للنووي٩/١٩١.

(٤)المهذب للشيرازي ١/٢٦٤، المجموع للنووي ٩/١٩٠، روضة الطالبين للنووي ٣/ ٣٣٦ .

(٥)الإنصاف للمرداوي ٤/٢٦٣ .

(٦)المهذب للشيرازي ١/٢٦٤.

(٧)الإنصاف للمرداوي ٤/٢٦٣ .

(٨)النفيس:نصاب السرقة فصاعدا، والخسيس ما دونه، وقيل الخسيس الأشياء المحتقرة، كالبقل، والرغيف، والبيض، والجوز، شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٣٤.

الكرخي[(١)] من الحنفية [(٢)]، والإمام ابن سريج[(٣)] من الشافعية، [(٤)] والقاضي أبي يعلى[(٥)] من الحنابلة، [(٦)] رحمهم الله.

قال الإمام الكمال ابن الهمام الحنفي رحمه الله: [وقوله: (وهو الصحيح) احتراز من قول الكرخي: إنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط][(٧)] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [والجمهور نقلوا عن ابن سريج أنه تجوز المعاطاة في المحقرات][(٨)] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وقال بعض الحنفية: يصح في خسائس الأشياء، وحكي عن القاضي مثل هذا][(٩)] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (البيع يصح بالمعاطاة) استدلوا بالنقل والعقل.

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

---

(١) هو الإمام أبو الحسن عبيد الله بن الحسن الكرخي، ولد سنة ٢٦٠هـ، سكن بغداد، شيخ الحنفية، انتهت إليه رئاسة المذهب، وانتشرت تلامذته في البلاد، كان متعبداً، كثير الصلاة، والصوم، صبوراً على الفقر، عزوفاً عما في أيدي الناس، توفي رحمه الله سنة ٣٤٠ هـ (البداية والنهاية لابن كثير ٢٢٤/١١، سير أعلام النبلاء للذهبي ٤٢٦/١٥).

(٢) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٤/٦، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥١٣/٤ .

(٣) هو الإمام أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي، ولد سنة بضع وأربعين ومائتين، كان يلقب بالباز الأشهب، وعنه انتشر مذهب الشافعي في الآفاق، ولي القضاء بشيراز، توفي رحمه الله سنة ٣٠٦ هـ (البداية والنهاية لابن كثير ١٢٩/١١، سير أعلام النبلاء للذهبي ٢٠١/١٤، دول الإسلام للذهبي ١٨٥/١) .

(٤) المجموع للنووي ١٩٠/٩، روضة الطالبين للنووي ٣٣٦/٣ .

(٥) هو القاضي أبو يعلى محمد بن خلف بن أحمد الفراء البغدادي، ولد سنة ٣٨٠هـ، شيخ الحنابلة وممهد مذهبهم في الفروع، كان من سادات العلماء الثقات، انتهت إليه الإمامة في الفقه، وكان ذا عبادة وتهجد، وملازمة للتصنيف، توفي رحمه الله سنة ٤٥٨ هـ (البداية والنهاية لابن كثير١٢/ ٩٤، سير أعلام النبلاء للذهبي ٨٩/١٨).

(٦) المغني لابن قدامة ٧/٦، الإنصاف للمرداوي٤/ ٢٦٣ .

(٧) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٤/٦.

(٨) المجموع للنووي ١٩٠/٩.

(٩) المغني لابن قدامة ٧/٦.

وجه الدلالة: أن هذا عام يشمل المعاطاة، فهي بيع؛ لأن حقيقة البيع منطبقة عليها، إذ هي مشتملة على مبادلة مال بمال.

وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ يُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ [التوبة: ١١١].

وجه الدلالة: أن الله تعالى سمى مبادلة الجنة بالقتال في سبيله سبحانه بيعاً؛ لقوله تعالى في آخر الآية: ﴿ فَٱسْتَبْشِرُوا۟ بِبَيْعِكُمُ ٱلَّذِى بَايَعْتُم بِهِۦ ﴾ [التوبة: ١١١]، مع عدم وجود الصيغة، فدل على أن البيع في الشرع لا يفتقر إلى صيغة قولية.[١]

أما دليلهم من العقل فمن أربعة أوجه:

الوجه الأول: [أن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع إلى العرف، كما رجع إليه في القبض، والإحراز، والتفرق، والمسلمون في أسواقهم، وبياعتهم على ذلك] .[٢]

الوجه الثاني: أن البيع كان موجوداً، معلوماً، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا عن أصحابه رضي الله عنهم، مع كثرة وقوع البيع بينهم، استعمال الإيجاب، والقبول، ولو استعملوا ذلك في بيعهم، أو كان شرطاً في البيع لنقل، ولم يتصور منهم إهماله.

الوجه الثالث: أن البيع مما تعم به البلوى، فلو اشترط له الإيجاب، والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً، ولم يخف حكمه؛ لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال بالباطل، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا عن أحد من أصحابه فيما علمنا .[٣]

الوجه الرابع: أن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة، والتعاطي، قام مقامهما، وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه.[٤]

دليل القول الثاني: (لا يصح البيع بالمعاطاة) استدلوا بالعقل من وجهين:

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٣٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٨، القواعد النورانية الفقهية ١٢٦.

(٣) المصدرين السابقين.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٨، شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٣٤، مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٢٨، المجموع للنووي ٩/١٩١.

الوجه الأول:أن البيع في عرف الشرع كلام إيجاب،وقبول،فأما التعاطي فلم يعرف في عرف الشرع بيعا .[١]

الوجه الثاني:أن الرضا شرط لصحة العقد،وهو أمر خفي،فأنيط الحكم بسبب ظاهر،وهو الصيغة،فلا ينعقد بالمعاطاة؛إذ الفعل لا يدل بوضعه .[٢]

دليل القول الثالث: (لا يصح البيع بالمعاطاة إلا في الحقير دون النفيس)أصحاب هذا القول يتفقون مع المانعين من حيث الأصل،وإنما أجازوا ذلك في الحقير من باب الاستحسان فقالوا في دليلهم:إن عادة الناس جرت بالتعامل بالمعاطاة في الأشياء الحقيرة،كالبقل، والرغيف،والبيض،والجوز،فنقول باستثنائها،وجوازها استحسانا .[٣]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله تعالى،هو القول بصحة البيع بالمعاطاة؛لما يأتي:

أولا :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل،و العقل .

ثانيا :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالوجه الأول من العقل،فيجاب عنه:بأنه غير مسلم؛لأن المعاطاة تعتبر في عرف الشرع بيعا ؛بدليل ما تقدم من دليل النقل.[٤]

ثالثا :أما استدلالهم بالوجه الثاني من العقل،فيقال:إن الفعل وإن كان لا يدل على الرضا بوصفه لكنه متضمن للدلالة على الرضا في الظاهر،والعرف،أما الظاهر: فإنه لا يشك في دلالته على الرضا؛لأن المشتري إذا رأى على السلعة أن قيمتها عشرة،ثم جاء إلى البائع،ودفع له العشرة،ودفع البائع له السلعة،دل ذلك على أن كلا منهما راض بالمبادلة،والبيع،وأما العرف فإن الناس قد تعارفوا على معرفة الرضا في العقود بالفعل.[٥]

رابعا :أما أصحاب القول الثاني فهذا القول يتفق مع القائلين بالمنع ،والاستحسان موافق لما تم ترجيحه فهذا القول يجيز المعاطاة في اليسير،ثم إن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء،توجد في الأشياء الحقيرة،والنفيسة جميعا .[٦]

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ١٣٤/٥ ،ينظر المهذب للشيرازي٢٦٤/١.

(٢)مغني المحتاج للشربيني٥/٢ ،بجيرمي على الخطيب١٢/٣.

(٣)شرح فتح القدير لابن الهمام٢٣٤/٦ ،مغني المحتاج للشربيني٤/٢.

(٤)ينظر ص ١٥٠.

(٥)مواهب الجليل للحطاب٢٢٨/٤ ،المجموع للنووي١٩١/٩.

(٦)بدائع الصنائع للكاساني١٣٤/٥ .

وإذا تقرر أن عقد البيع ينعقد بالمعاطاة، فإن غير البيع ينعقد بالمعاطاة قياسا لها على البيع؛ فقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله عند بيانه لقواعد جامعة عظيمة المنفعة، حيث قال: [فمن ذلك: صفة العقود. فالفقهاء فيها على ثلاثة أقوال] [١] اهـ ، ثم ذكر الأقوال في هذه المسألة بصيغة العموم للعقود، ويؤكد هذا العموم أن الإمام النووي رحمه الله ذكر أن الخلاف في المعاطاة في البيع يجري في الإجارة، والرهن، والهبة، ونحوها. [٢]

كما أن الصيغة الفعلية يمكن أن تشمل ما هو منتشر في هذا الزمن من آلات الإلكترونية، حيث تكون مشتملة على سلع، فيقوم المشتري بإدخال النقود، ومن ثم تقوم الآلة بتسليمه ما قام بشرائه، وهذه الآلات الإلكترونية تختلف أنواعها، وفوائدها، فقد تشتمل على مشروبات، أو مأكولات، أو تذاكر سفر.

كما يندرج في الصيغة الفعلية ما يتم وضعه في الأسواق العامة من مبيعات، تعارف الناس على دفع قيمتها في المكان المخصص، وأخذ المبيع، وذلك مثل الجرائد اليومية، أو الكتب، أو الأشرطة، وغيرها.

فتقوم هذه التصرفات مقام الصيغة الفعلية، وهي المعاطاة، ويتم بموجبها انعقاد العقد، ومن ثم يحكم بلزومه.

ثانيا: التعاقد بالكتابة: قد يبرم العاقدان عقدا تكون الصيغة فيه الكتابة منهما، أو من أحدهما، كأن يكتب أحدهما ما يفهم منه الإيجاب، والآخر القبول، أو يكون الأمر بالعكس ففي صحة العقد على هذا الوجه خلاف عند أهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن العقد يصح بالكتابة، وهو مذهب الحنفية [٣]، والمالكية [٤]، والشافعية [٥]، و الحنابلة، [٦] رحمهم الله .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [أما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى الرجل أما بعد: فقد بعت عبدي فلانا منك بكذا، فبلغه الكتاب، فقال في

---

(١) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ١٢٦.

(٢) المجموع للنووي ١٩٤/٩.

(٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٦/٦ .

(٤) بلغة السالك للصاوي ٣/٢ .

(٥) روضة الطالبين للنووي ٣٣٨/٣ .

(٦) كشاف القناع للبهوتي ١٤٨/٣ .

مجلسه :اشتريت؛لأن خطاب الغائب كتابة ،فكأنه حضر بنفسه ،وخاطب بالإيجاب ،وقبل الآخر في المجلس][1]اهـ

وقال العلامة شمس الدين الدسوقي المالكي رحمه الله:[بما :أي بشيء ،أو بالشيء الذي يدل على الرضا من قول ،أو كتابة ،أو إشارة منهما ،أو من أحدهما][2]اهـ

وقال الإمام شرف الدين النووي الشافعي رحمه الله:[المذهب:أنه ينعقد البيع بالكتابة ؛لحصول التراضي ،لا سيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة][3]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[وإن كان المشتري غائبا عن المجلس ،فكاتبه البائع ،أو راسله إني بعتك داري بكذا ،أو إني بعت فلانا ،ونسبه بما يميزه داري بكذا ،فلما بلغه أي المشتري الخبر قبل البيع صح العقد ..][4]اهـ

القول الثاني:أن العقد لا يصح بالكتابة ،وهو وجه عند الشافعية ،وصححه الإمام الشيرازي[5] ،وهو الصحيح عند الحنابلة في النكاح ،إذا كان غير عاجز عن النطق .[6]

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله:[وإن كتب رجل إلى رجل ،ببيع سلعة ،ففيها وجهان أحدهما :ينعقد البيع ؛لأنه موضع ضرورة ،والثاني:لا ينعقد ،وهو الصحيح؛لأنه قادر على النطق ،فلا ينعقد البيع بغيره ..] اهـ[7]

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وأما الكتابة في حق القادر على النطق ،فلا ينعقد بها النكاح مطلقا على الصحيح من المذهب][8]اهـ

الترجيح:

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ١٣٨/٥ .

(٢)حاشية الدسوقي ٣/٣ .

(٣)روضة الطالبين للنووي ٣٣٨/٣ .

(٤)كشاف القناع للبهوتي ١٤٨/٣ .

(٥)المهذب للشيرازي ٢٦٤/١ ،روضة الطالبين ٣٣٨/٣ .

(٦)الإنصاف للمرداوي ٥٠/٨ .

(٧)المهذب للشيرازي ٢٦٤/١ ،روضة الطالبين ٣٣٨/٣ .

(٨)الإنصاف للمرداوي٥٠/٨.

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول الأول؛ وذلك أن الكتابة يحصل بها التراضي من الطرفين، وكل ما انعقد به العقد من الطرفين سمي إثباته إيجابا، والتزامه قبولا، سواء كان معاطاة، أو كتابه.(١)

ثالثا: التعاقد بالإشارة: الإشارة مأخوذة من أشار، يشير، إشارة؛ إذا أومأ، ويكون ذلك بالكف، والعين، والحاجب، يقال: شورت إليه بيدي، وأشرت إليه أي لوحت إليه،(٢) فالإشارة مرادفة للنطق في فهم المعنى، فإذا أستأذنه في شيء، فأشار بيده، أو رأسه أن يفعل، أو لا يفعل، فإنه يقوم ذلك التلويح مقام النطق .(٣)

وقد ذكر العلماء رحمهم الله من أنواع الصيغة الإشارة، وبينوا رحمهم الله أن الإشارة الصادرة من العاقدين، أو أحدهما لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الإشارة صادرة من عاجز عن النطق كالأخرس، فإذا عقد بالإشارة، فإنه لا تخلو إشارته من ضربين:

الضرب الأول: أن تكون إشارته مفهومة، فالعقد بها يعتبر صحيحا بلا خلاف؛ لضرورة ذلك في حقه، ولأن الإشارة تدل على ما في فؤاده، كما يدل عليه النطق من الناطق.(٤)

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [فيجوز بيع الأخرس، وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك](٥) اهـ

وقال الشيخ محمد الدسوقي المالكي رحمه الله: [بما: أي بشيء، أو بالشيء الذي يدل على الرضا من قول، أو كتابة، أو إشارة](٦) اهـ

وقال الإمام شرف الدين النووي الشافعي رحمه الله: [يصح بيع الأخرس، وشراؤه بالإشارة والكتابة](٧) اهـ

---

(١) الإنصاف للمرداوي ٤/٢٦٤.

(٢) لسان العرب لابن منظور ٤/٤٣٦.

(٣) المصباح المنير للفيومي ١٢٥.

(٤) مغني المحتاج للشربيني ٢/٩. تكلم المراجع عن الأخرس

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٣٥.

(٦) حاشية الدسوقي ٣/٣.

(٧) روضة الطالبين للنووي ٣/٣٤١، ٨/٢٩ حيث ذكر أن إشارته تقوم مقام عبارة الناطق في جميع العقود.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[فأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها؛لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهته،فصح بإشارته،كبيعه،وطلاقه،ولعانه][1]اهـ

الضرب الثاني:أن تكون إشارته غير مفهومة وحكمها أن العقد لا يصح بها ؛لأن الإشارة وإن كانت موجودة إلا أن وجودها،وعدمها على حد سواء نظرا لعدم دلالتها على المراد ،كالأقوال إذا لم يفهم منها المراد.[2]

الحالة الثانية:أن تكون هذه الإشارة من شخص قادر على النطق فهل يصح عقده بها؟والجواب :اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:أن العقد يصح بالإشارة ممن هو مستطيع للنطق، إذا كانت إشارته مفهومة،وهو مذهب المالكية،[3]ووجه عند الحنابلة،[4]رحمهم الله.

قال الإمام محمد الحطاب المالكي رحمه الله بعد بيانه لصحة إشارة الأخرس واعتبارها :[وغير الأخرس كالأخرس][5]اهـ

وقال الإمام شمس الدين عبد الرحمن بن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وفي إشارة القادر على النطق وجهان ..][6]اهـ

القول الثاني:أن العقد لا يصح بالإشارة من غير الأخرس،وهو مذهب الحنفية،[7]والشافعية[8]،والحنابلة[9] رحمهم الله.

قال الشيخ زين العابدين بن نجيم الحنفي رحمه الله:[وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته مطلقا ..] اهـ[10]

---

(١)المغني لابن قدامة ٤٦٢/٩.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني ١٣٥/٥ ،حاشية الدسوقي ٣/٣،روضة الطالبين للنووي٣٩/٨،المغني لابن قدامة ٤٦٢/٩.

(٣)مواهب الجليل للحطاب ٢٢٩/٤ ،حاشية الدسوقي ٣/٣ .

(٤)الشرح الكبير لابن قدامة ١٦٨/٤ .

(٥)مواهب الجليل للحطاب ٢٢٩/٤ .

(٦)الشرح الكبير ١٦٨/٤ .

(٧)الأشباه والنظائر لابن نجيم٣٤٤،حاشية رد المحتار لابن عابدين٥١١/٤.

(٨)المنثور في القواعد للزركشي١٦٦/١ ،مغني المحتاج للشربيني ٩/٢ .

(٩)المغني لابن قدامة٥١١/٨ ،الشرح الكبير لابن قدامة١٦٨/٤ الإنصاف للمرداوي ١٨٧/٧ .

(١٠)الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٤٤،حاشية رد المحتار ٥١١/٤ .

وقال الإمام بدر الدين الزركشي الشافعي رحمه الله:[إشارة الناطق القادر على العبارة لغو إلا في صور] اهـ[١]

وقال الإمام موفق الدين ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[ولا خلاف في أن إشارة القادر لا تصح بها وصية ،ولا إقرار ..] اهـ[٢]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري ،والعلم عند الله ،هو القول الأول؛لما تقدم من أن العبرة في العقود أن يكون هناك ما يدل على الرضا ،سواء بالقول ،أو الفعل ،أو الإشارة ،وهي إذا كانت مفهومة فإنها تقوم مقام العبارة .

إذا تقرر ذلك فقد جرت العادة في العصر الحاضر أن العقود ،والمعاملات تجري بين الناس على صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون العقد مجرداً عن الكتابة ،والتوثيق فيتعاقد الناس بالإيجاب ،والقبول ، وما دل عليهما من الأفعال حسب العرف .

وهذه الصورة لا إشكال فيها وهي مبنية على ما تقدم من أن اللزوم مبني على وجود القبول ،والإيجاب ،وما دل عليهما ،وقد تقدم بيان نصوص أهل العلم رحمهم الله ،ومذاهبهم في اعتبار الصيغة القولية ،والفعلية ،وبناء الحكم بلزوم العقد بمجرد وجود الصيغة على الوجه المعتبر دون الحاجة إلى التوثيق .[٣]

الصورة الثانية :أن يكون العقد بالصيغة مقروناً بالكتابة ،والتوثيق ،وهذه الصورة كثيراً ما تقع في العقود الهامة ،حيث يحتاط المتعاقدون بكتابة العقد ،وتوثيقه.

إلا أن الملفت للنظر اعتقاد البعض أن العقد غير لازم قبل أن يتم توثيقه ،والحقيقة أن العقد يكون لازماً بمجرد التلفظ بالصيغة إذا كان من العقود التي يحكم بلزومه بالصيغة وحدها ،أو بالقبض في العقود التي تلزم بالقبض ،وإن لم يحدث توثيق لذلك العقد ،فتوثيق العقد بصفة رسمية ،أو شخصية لا يتوقف الحكم باللزوم على وجوده .

---

(١)المنثور في القواعد للزركشي ١٦٦/١ ،مغني المحتاج للشربيني ٩/٢ .

(٢)المغني لابن قدامة٥١١/٨ ،الشرح الكبير لابن قدامة١٦٨/٤ الإنصاف للمرداوي ١٨٧/٧ .

(٣)ينظر ص ١٣٧.

وبناء على ذلك فلو تم العقد بين الطرفين فإن لزوم العقد محكوم به بمجرد وجود الصيغة، والشروط المعتبرة للزوم، ولا يتوقف الحكم بذلك على الكتابة، والتوثيق، فلو أراد أحدهما أن يمتنع عن الوفاء بالعقد بحجة عدم التوثيق فإن هذا العذر غير صحيح، والعقد محكوم بلزومه، ويطالب بالوفاء بالتزاماته التي اتفق عليها بين الطرفين .

وهكذا في عقد النكاح فإنه بموجب العقد، وإن لم يوثق تنبني آثار العقد عليه من إرث، ومحرمية، ونحوها .

بقي أن يشار إلى أن توثيق العقود هو إجراء احترازي رأى ولي الأمر أن يتم حتى لا يكون هناك تلاعب بحقوق الآخرين، وأعراضهم، وغير ذلك من المقاصد، ولولي الأمر معاقبة من يخالف ذلك بعدم التوثيق إذا رأى ذلك، ولكن هذا ليس له تأثير على لزوم العقد المحكوم به شرعا، بمجرد وجود صيغته، وشرطه المعتبر .

المبحث الثالث

شروط صيغة الإلزام

إن وجود الصيغة أياً كان نوعها، قولية كانت، أو فعلية في العقد ليس ذلك كافياً في إلزام أحد طرفي العقد بتلك الصيغة؛ ذلك أن الصيغة قد توجد من العاقدين حقيقة، إلا أنها غير معتبرة شرعاً؛ لأن الشروط التي اشترطها العلماء في الصيغة لم تتحقق فيها، ولذا فإن العاقدين لا يلزمان بالعقد الذي تكون فيه الصيغة غير مكتملة الشروط، وتنحصر شروط الصيغة فيما يلي :

الشرط الأول: أن تكون الصيغة مفهومة: بمعنى أن يكون كل واحد من المتعاقدين على علم بمراد العاقد الآخر ومقصده، فإن كانت الصيغة التي أبرم بها العقد غير واضحة الدلالة على العقد الذي يريدانه، لا لغة، ولا عرفاً، كأن يكون أحدهما لا يفهم اللغة التي يتكلم بها الآخر، أو يكون لهذه الصيغة معنى آخر في العرف، فإنه لا يمكن أن يلزم أحدهما بذلك العقد؛ لأن الصيغة غير مفهومة لكلا الطرفين، ولم توجد منهما العبارة التي تدل على الرضا، والقبول بذلك العقد، وتستوي في هذا الحكم الصيغة القولية، والفعلية، وقد سبق بيان نقول العلماء رحمهم الله في اشتراط الفهم في الصيغة؛ لأنها إذا لم تكن مفهومة فإن وجودها، وعدمها على حد سواء؛ لانتفاء دلالتها على المطلوب.[1]

الشرط الثاني: أن تكون الصيغة متوافقة: يراد بتوافق الصيغة أن يكون القبول على وفق الإيجاب، ويكون ذلك في نوع العقد، والثمن، والمدة، والحلول، والتأجيل.

فتوافق الصيغة في نوع العقد كأن يقول البائع مثلاً: بعتك هذه الدار بألف، فيقول المشتري: قبلت ذلك أو قبلت شراء دارك بألف، فإن الصيغة هنا اتفق فيها القبول مع الإيجاب، أما إذا لم يحصل التوافق بين الإيجاب، والقبول في نوع العقد، كأن يقول البائع: بعتك سيارتي بألف، فيقول المشتري: قبلت هبتك، أو عاريتك، فإنه لا يصح العقد؛ لأن القبول تضمن عقداً مخالفاً للعقد الذي اشتمل عليه الإيجاب، فالهبة والعارية عقدان مغايران لعقد البيع، إلا أن يجري العرف بالتعبير بالهبة في القبول، كما في حال نقصان القيمة للمبيع، فيجيب المشتري بصيغة الهبة؛ تنبيهاً على مسامحة البائع في الثمن، وتيسيره.

---

(١) ينظر ص ١٥٥.

وتوافق الصيغة في الثمن كأن يقول البائع مثلا :بعتك هذه الدار بألف، فيقول المشتري: قبلت شراء دارك بألف، فإن الصيغة هنا اتفق فيها القبول مع الإيجاب، أما إذا لم يحصل التوافق بين الإيجاب والقبول في الثمن، فمثاله أن يقول البائع :بعتك سيارتي بألف، فيقول المشتري :قبلت بتسعمائة، فإنه لا يصح العقد ؛لأن البائع يريد بيع سلعة بما تلفظ به بينما قبول المشتري لم يكن على مراد البائع.

وتوافق الصيغة في المدة، كأن يحدد المؤجر المدة بشهر، فيقبل المستأجر ذلك على المدة نفسها، فإن الصيغة هنا اتفق فيها القبول مع الإيجاب، أما لو قبل الإستئجار على شهرين مثلا فإن العقد لا يصح؛لأن القبول لم يكن على وفق الإيجاب، فالقبول في مدة العقد مخالف لإيجاب المؤجر فالأجرة لشهر تختلف عن الشهرين، فلم يكن هناك توافق في مدة العقد.

وتوافق الصيغة في الحلول والتأجيل، فمثاله أن يقول البائع :هذه السيارة بألف حالة، فيقول المشتري :قبلت شراءها حالة، فلو وقع القبول على غير وفق الإيجاب هنا، فإنه لا يصح العقد، مثل أن يقول له :قبلت شراءها بألف بعد سنة، فهنا اختلف القبول عن الإيجاب؛لأنه مؤجل، والإيجاب معجل حال.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله :[وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع، وبما أوجبه فإن خالفه، بأن قبل غير ما أوجبه، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق] اهـ[(١)]

وقال الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي المالكي رحمه الله :[ينعقد أي يحصل، ويوجد البيع بأي شيء، أو بالشيء الذي يدل على الرضا من قول، أو كتابة، أو إشارة]اهـ[(٢)] فقد بين أن البيع لا ينعقد إلا إذا كان هناك رضا منهما، وإذا كان الإيجاب، والقبول لم يتوافقا فإن الرضا يكون منعدما، فلا يصح العقد .

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله :[قال أصحابنا يشترط موافقة القبول الإيجاب، فلو قال :بعتك بألف صحاح، فقال :قبلت بألف قراضة أو عكسه . . . ، لم يصح بلا خلاف؛ لأنه لا يعد قبولا] اهـ[(٣)]

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٥/١٣٦.

(٢)حاشية الدسوقي٣/٣.

(٣)المجموع للنووي٩/٢٠٠.

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[ويشترط لانعقاد البيع أن يكون القبول على وفق الإيجاب في القدر فلو خالف، كأن يقول:بعتك بعشرة، فقال:اشتريته بثمانية، لم ينعقد، وأن يكون على وفقه أيضا في العقد، وصفته، والحلول، والأجل ..] اهـ[1]

الشرط الثالث:اتصال القبول بالإيجاب:الأصل الإلزام بالصيغة، فإذا استوفت الصيغة الشروط تم الإلزام، ومن هذه الشروط اتصال القبول بالإيجاب، وذلك بأن لا يفصل بينهما فاصل، واتصال القبول بالإيجاب هو شرط متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله[2]، إلا أن الخلاف وقع بينهم في نوعية هذا الاتصال على قولين:

القول الأول:أن اتصال القبول بالإيجاب يتحقق بكونهما في مجلس واحد، ولم يتشاغلا بما يقطعه، أو يظهر ما يدل على الإعراض عن صاحبه، وعدم الرغبة في التعاقد، وهو مذهب الحنفية،[3] والمالكية،[4] والحنابلة،[5] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد، وهو اتحاد المجلس بأن كان الإيجاب، والقبول في مجلس واحد، فإن اختلف المجلس لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل لا ينعقد] اهـ[6]

وقال الإمام شمس الدين الحطاب المالكي رحمه الله:[والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب:أنه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء، والقبول، من غير فاصل لزمه البيع اتفاقا، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقا، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه، حتى لا يكون كلامه جوابا بالكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع] اهـ[7]

---

(١)كشاف القناع للبهوتي١٤٦/٣.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٥، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٧/٦، مواهب الجليل للحطاب٢٤٠/٤الحاوي الكبير الماوردي٤٢/٥، كشاف القناع ١٤٧/٣.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٥، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٧/٦، كشاف القناع ١٤٧/٣، الحاوي الكبير الماوردي٤٢/٥.

(٤)مواهب الجليل للحطاب٢٤٠/٤، بلغة السالك للصاوي٤/٢.

(٥)كشاف القناع ١٤٧/٣، الإنصاف للمرداوي ٢٦٣/٤ .

(٦)بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٥

(٧)مواهب الجليل للحطاب ٢٤٠/٤.

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[وإن تراخى أحدهما عن الآخر، أي القبول على الإيجاب، أو عكسه، صح المتقدم منهما، ولم يلغ ما داما أي المتبايعان في المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفا ؛لأن حالة المجلس كحالة العقد، بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يعتبر قبضه، وإلا بأن تفرقا قبل الإتيان بما بقي منهما، أو تشاغلا بما يقطعه عرفا، فلا ينعقد البيع..] اهـ (١)

القول الثاني:أن اتصال القبول بالإيجاب يوجب أن لا يطول الفصل بينهما، وألا يتخللهما أجنبي عن العقد، فإن طال الفصل، أو تخلل العقد كلام أجنبي لم ينعقد، سواء تفرقا من المجلس، أم لا، وهو مذهب الشافعية، (٢) رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[يشترط لصحة البيع، ونحوه ألا يطول الفصل بين الإيجاب، والقبول، وأن لا يتخللهما أجنبي عن العقد، فإن طال، أو تخلل لم ينعقد، سواء تفرقا من المجلس أم لا، قال أصحابنا :ولا يضر الفصل اليسير، ويضر الطويل، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول] اهـ (٣)

الأدلة:

دليل القول الأول:(اتصال الصيغة يحصل بكونهما في المجلس..)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن في عدم اعتبار الفور، تيسيرا للعاقد، وإتاحة الفرصة له لأن يتأمل فهو بحاجة لذلك، ولو قلنا بالفور لما تمكن من ذلك فيتضرر. (٤)

الوجه الثاني:أن حالة المجلس كحالة العقد، يكتفى بالقبض فيه لما يعتبر قبضه. (٥)

دليل القول الثاني:(اتصال الصيغة ألا يطول الفصل..) استدلوا بالعقل فقالوا :إن طول الفصل وإن كان في مجلس العقد، فإنه يخرج الثاني عن أن يكون جوابا عن الأول. (٦)

الترجيح:

---

(١)كشاف القناع ١٤٧/٣.

(٢)الحاوي الكبير الماوردي٥/٤٢، المجموع للنووي ١٩٩/٩، روضة الطالبين للنووي ٣٤٠/٣.

(٣)المجموع للنووي ١٩٩/٩.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني٥/١٣٧.

(٥)كشاف القناع للبهوتي٣/١٤٨.

(٦)مغني المحتاج للشربيني٢/٨.

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول باعتبار المجلس، وعدم التشاغل بما يقطع بين الإيجاب، والقبول؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا: وأما استدلال أصحاب القول الثاني، فلا يسلم بأن طول الفصل يخرج الثاني عن أن يكون جوابا عن الأول، فما دام أن كلا منهما قد حصل منه الرضى، وعلم بمراد الآخر، وأن الكلام الثاني تابع للأول، وجواب عنه، سواء طال الفصل، أو لم يطل، لا سيما وأن في التراضي مع بقاء المجلس مصلحة لكلا الطرفين، حتى يتاح لهما التأمل، فإن العاقد الأول قد يرجع عن كلامه قبل حصول القبول من الآخر.

وبهذا يتبين أن الركن الثالث من أركان لزوم العقد وهو الصيغة يصح بكل لفظ، أو كتابة، أو إشارة يفهم العاقدان به المراد، سواء كان في عقود المعاوضات المالية، أو التوثيق، أو التبرع، أو النكاح، ولا بد في الصيغة من أن تكون مفهومة للعاقدين، وأن يكون القبول على وفق الإيجاب، ومتصلا به، فإذا توفرت هذه الشروط في هذا الركن وانضمت الصيغة مع الركنين السابقين وشروطهما اكتملت هذه الأركان التي بموجبها يكتسب العقد صفة اللزوم إذا كان من العقود اللازمة للطرفين، أو لأحدهما.

الباب الثاني

أنواع اللزوم العقدي وآثاره

يشتمل هذا الباب على فصلين :

الفصل الأول:أنواع لزوم العقد .

الفصل الثاني:آثار لزوم العقد .

الفصل الأول

أنواع لزوم العقد

يشتمل هذا الفصل على أربعة مباحث:

المبحث الأول:العقد اللازم للطرفين معاً .

المبحث الثاني:العقد اللازم لأحد الطرفين .

المبحث الثالث:العقد الجائز الذي يؤول إلى اللزوم .

المبحث الرابع:العقد الجائز للطرفين.

المبحث الأول

العقد اللازم للطرفين

يشتمل هذا المبحث على اثني عشر مطلباً:

المطلب الأول: البيوع.

المطلب الثاني: الإجارة.

المطلب الثالث: المزارعة.

المطلب الرابع: المساقاة.

المطلب الخامس: الحوالة.

المطلب السادس: الصلح.

المطلب السابع: القسمة.

المطلب الثامن: النكاح.

المطلب التاسع: الخلع والطلاق بعوض.

المطلب العاشر: الهدنة.

المطلب الحادي عشر: العتق بعوض.

المطلب الثاني عشر: المكاتبة.

المطلب الأول

البيوع

تعريف البيع:

في اللغة مأخوذ من باع يبيع بيعاً فهو بائع، والبيع من الأضداد، فيطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، يشهد لذلك قوله عليه الصلاة والسلام:(البيعان بالخيار)(١) فوصف المشتري بكونه بائعاً، لكن إذا أطلق البائع فإن المتبادر إلى الذهن باذل السلعة، وقد يطلق البيع ويراد به المبيع، فيقال:بيع جيِّد. (٢)

وفي الاصطلاح:مبادلة مال بمال تملّكاً، وتمليكاً .(٣)

مشروعية البيع:

الأصل في جواز البيع الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة:٢٧٥].

وأما السنة فحديث حكيم بن حزام رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(البيعان بالخيار)الحديث (٤)، وغيره من الأحاديث التي تدل على جوازه. (٥)

أما الإجماع فقد أجمع المسلمون على جوازه في الجملة.(٦)

---

(١)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما٢/١٠، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، ٥/١٠.

(٢)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٢٧/١، لسان العرب لابن منظور ٢٣/٨، المصباح المنير للفيومي٢٧.

(٣)المغني لابن قدامة ٥/٦، ينظر بقية التعاريف:حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٠٢/٤، شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٢٩/٦، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣٢٥/٢، مواهب الجليل للحطاب ٤٢٢/٤، مغني المحتاج للشربيني٣/٢، بيجرمي على الخطيب ٤/٣.

(٤)تقدم تخريجه آنفاً

(٥)المغني لابن قدامة٦/١٠.

(٦)المغني لابن قدامة٦/٧.

لزوم عقد البيع للطرفين:

البيع من العقود التي تلزم الطرفين جميعاً ،فإذا صدر الإيجاب،والقبول من العاقدين،وصف العقد بأنه لازم لهما بعد تفرقهما من مجلس التعاقد،وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على وصف عقد البيع بأنه لازم للطرفين معاً البائع،والمشتري،يشهد لذلك ما يلي من عبارات الفقهاء رحمهم الله:

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما بيان صفة الحكم،فله صفتان:أحدهما :اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ،سواء كان بعد الافتراق عن المجلس،أو قبله عندنا] اهـ(١)

وقال الإمام الكمال ابن الهمام الحنفي رحمه الله:[وإذا حصل الإيجاب،والقبول لزم البيع،ولا خيار لواحد منهما ،إلا من عيب،أو عدم رؤية] اهـ(٢)

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله:[والبيع لازم بمجرد العقد تفرقا ،أم لا] اهـ(٣)

وقال الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي المالكي رحمه الله:[قوله (انعقاد البيع) أي لزومه،وليس لأحدهما الانفكاك عنه ..] اهـ(٤)

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله في تقسيم العقود من حيث اللزوم وعدمه:[اعلم أن العقود أربعة أقسام... ،وأما القسم الرابع: وهو ما كان لازماً من جهة المتعاقدين معاً فهو على أربعة أقسام ... ،ما يدخله المجلس بغير شرط،وخيار الثلاث بالشرط،وهو سائر عقود البياعات](٥)اهـ

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٣/٥.

(٢)شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٨/٦ ،ينظر مجمع الأبحر لداماد أفندي ٧/٢،حاشية رد المحتار لابن عابدين٥٢٨/٤.

(٣)الذخيرة للقرافي ٢٠/٥.

(٤)حاشية الدسوقي ٣/٣،ينظر التلقين للقاضي عبد الوهاب ٣٦٣/٢، ٣٦٤،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٤٥٥/٢.

(٥)الحاوي الكبير للماوردي ٢٨/٥.

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [قال أصحابنا: وإذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ؛ إلا بأحد سبعة أسباب ..] اهـ[١]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه] اهـ[٢]

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ومتى تم العقد، وتفرقا من مجلسه، لم يكن لواحد منهما الفسخ؛ للزوم البيع] اهـ[٣]

من هذه النقول يتضح أن أهل العلم رحمهم الله متفقون على أن عقد البيع لازم للطرفين، إذا كان بعد تفرقهما، ولا يحق لأحدهما فسخ العقد، إلا أن يكون هناك سبب يوجب الفسخ، وقد صرح الإمام ابن قدامة رحمه الله بأن هذه المسألة لا خلاف فيها بين أهل العلم رحمهم الله، أما قبل تفرقهما من المجلس، فإن الحنفية، والمالكية رحمهم الله يرون أن العقد لازم قبل التفرق، ولا يقولون بخيار المجلس، وأما الشافعية، والحنابلة رحمهم الله فإنهم يرون أن اللزوم لا يحصل إلا بعد التفرق، وقالوا بإثبات خيار المجلس، ولكلا الفريقين منهم أدلته في ذلك، وسيأتي بيان ذلك في الباب الثالث إن شاء الله تعالى.[٤]

شروط لزوم عقد البيع للطرفين: قد تبين أن عقد البيع من العقود التي تلزم الطرفين جميعاً بمجرد صدور التعاقد منهما؛ إلا أن هذا اللزوم مفتقر إلى جملة من الشروط لابد من توفرها للحكم بلزوم عقد البيع، وهذه الشروط قد تقدم بسطها عند ذكر الشروط العامة، [٥] فإذا توفرت شروط عقد البيع، فإن العقد يكون لازما للطرفين، وهما البائع، والمشتري، فلا يحق لأحدهما ترك العقد إلا أن يكون الطرف الآخر قد رضي بذلك الفسخ[٦]، أما إذا لم يرض فإن العقد لازم لهما، إلا أن يكون هناك خيار فالعقد حينئذ لا يكتسب اللزوم؛ إلا بعد زوال ذلك الخيار.[٧]

---

(١) المجموع للنووي ١٧٣/٩، مغني المحتاج للشربيني ٥٩/٢، بيجرمي على الخطيب ٣١/٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٠/٦.

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٢٠٠/٣، حاشية الروض المربع لابن قاسم ٤٢٠/٤.

(٤) ينظر ص ٥١٧.

(٥) ينظر ص ٥٥.

(٦) ينظر ص ٥٩٤.

(٧) ينظر ص ٥١٥.

العقود التي تلحق بالبيع:

إذا تقرر أن عقد البيع لازم للطرفين لا يحق لأحدهما فسخه إلا برضا الطرف الآخر، فإن هناك عقوداً تندرج تحت اسم البيع وإن كان لها اسم يخصها وهي:

١. عقد الصرف.

٢. عقد السلم.

٣. عقد الشفعة.

وبيانها فيما يأتي:

أولاً: عقد الصرف:

تعريف الصرف:

الصرف في اللغة: مأخوذ من صَرَف، يصْرِف، صَرْفاً، وهو رد الشيء عن وجهه، ويأتي بمعنى الإنفاق يقال: صرفت المال، أي أنفقته، والصرف: هو فضل الدرهم على الدرهم، أو الدينار على الدينار؛ لأن كل واحد منهما يصرف عن قيمة صاحبه.(١)

و في الاصطلاح: بيع نقد بنقد.(٢)

وسمي الصرف بذلك لأحد أمور:

الأول: لصوتهما في الميزان، فإن الصوت يسمى بالصريف.

الثاني: من انصرافهما عن مقتضى البياعات، من عدم جواز التفرق قبل القبض، وعدم الزيادة مع اتحاد الجنس.(٣)

الثالث: لحاجة النقل في بدليه من يد إلى يد.

الرابع: لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة، إذ لا يشفع بعينه،(٤) والصرف هو الزيادة.(٥)

---

(١) لسان العرب لابن منظور ١٨٩/٩، المصباح المنير للفيومي ١٢٩.

(٢) الهداية للمرغيناني ٨١/٣، شرح القدير لابن الهمام ١٢٦/٧، حاشية الدسوقي ٢/٣، الأم للشافعي ٣١/٣. الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤٩١/٤.

(٣) الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤٩١/٤.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٥/٥، الهداية للمرغيناني ٨١/٣.

(٥) لسان العرب لابن منظور ١٩١/٩.

مشروعية الصرف:

الصرف هو بيع الأثمان بعضها ببعض، وقد سبق بيان أدلة جواز البيع[١]، ومنها قول الله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة:٢٧٥] حيث وردت الآية الكريمة عامة شاملة لكل بيع، فيدخل الصرف في هذا العموم.

وقد وردت أحاديث تنص على جواز الصرف إذا توفرت فيه شروطه، فمن ذلك ما ورد عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يدا بيد ؛ فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد).[٢] فقد أجاز عليه الصلاة والسلام الصرف حيث نص على جواز بيع الذهب بالذهب، وغيره من الأصناف المذكورة متماثلة ببعضها، إذا حصل التماثل، والتقابض، أو التقابض فقط، مع اختلاف أصنافها، واتحاد الجنس، وذلك في قوله عليه الصلاة والسلام: (فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد).

لزوم عقد الصرف للمتصارفين:

عند الرجوع لكتب أهل العلم رحمهم الله نجدهم يدرجون الصرف في البيع، بل نجد من صرح بأن الصرف يعتبر بيعا، قال الإمام أبوالحسن المرغيناني رحمه الله: [الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان] اهـ[٣]

وقال القاضي ابن رشد الحفيد رحمه الله في كتاب الصرف: [ولما كان يخص هذا البيع شرطان] اهـ[٤]

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله: [فأما ما يحرم فيه الربا، فينظر فيه فإن باعه بجنسه حرم فيه التفاضل] اهـ[٥]

---

(١) ينظر ص ١٦٦.

(٢) رواه مسلم في كتاب البيوع، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، صحيح مسلم ٤٤/٢.

(٣) الهداية للمرغيناني ٨١/٣.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ٦٨/٥.

(٥) المهذب للشيرازي ٢٧٩/١.

وقال الشيخ منصور البهوتي رحمه الله:[والصرف: بيع نقد بنقد] اهـ[١]

ومن هنا يتبين أن الصرف نوع من أنواع البيوع،وهو آخذ حكم البيع من حيث اللزوم للطرفين،وتخصيص هذا النوع من البيوع بهذا الاسم إنما هو مصطلح للتمييز؛نظراً لاختصاصه ببعض الأحكام التي لا توجب خروجه عن حقيقة البيع،وحكمه،ويشمل هذا لزوم عقده لكلا الطرفين،فلا يحق لأحد المتصارفين أن يرجع عن عقد الصرف بعد لزومه،أو يقوم بفسخه إلا برضا الطرف الثاني.

شروط لزوم عقد الصرف:

يستلزم الحكم بصحة عقد الصرف،واعتباره لازماً أن تتوفر الشروط الشرعية للحكم بذلك وهذه الشروط تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول:شروط عامة،وهي الشروط التي سبق ذكرها في لزوم عقد البيع،حيث تعتبر أصلاً في كل عقد من عقود المبايعات[٢].

القسم الثاني:شروط خاصة،وهي الشروط التي تختص بعقد الصرف،زائدة عن الشروط العامة،وهي تنحصر في أربعة شروط هي:

الشرط الأول:تقابض البدلين في عقد الصرف:وذلك بأن يقبض كل من العاقدين النقد من الآخر في مجلس التعاقد،قبل أن يتفرقا عنه،فإن تفرقا قبل القبض لم يصح الصرف،وينبني على ذلك عدم لزومه؛لفساد العقد.

وهذا الشرط متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله يقول الإمام أبو بكر بن المنذر رحمه الله:[وأجمعوا أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد..] اهـ[٣]

والأصل في اشتراط ذلك ما ورد عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الذهب بالذهب،والفضة بالفضة،والبر بالبر،والشعير بالشعير،والتمر

---

(١)الروض المربع للبهوتي٢/١٧٩.

(٢)ينظر ص ٥٥.

(٣)الإجماع لابن المنذر ١١٨،ينظر بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢١٥،بداية المجتهد لابن رشد ٥/٧٤،الأم للشافعي ٣/٣١،الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤/٥٢٤.

بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد).[١]

ووجه الدلالة: أن هذا الحديث دل على وجوب التقابض في البدلين من وجهين:

الوجه الأول: قوله صلى الله عليه وسلم " يداً بيد " حيث نص صلى الله عليه وسلم على اشتراط التقابض في صرف الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، وهذا يدل على أنه لا يجوز تأخير أحدهما عن الآخر.

الوجه الثاني: في قوله صلى الله عليه وسلم " فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد "حيث أوجب التقابض في الصنفين المختلفين، فدل على اشتراطه، وأنه لا يجوز الافتراق قبل حصول القبض؛ وإلا وقع الربا[٢]، وعلى هذا فيعتبر شرط التقابض لازماً في الصرف، سواء وقع مع اتحاد الصنفين من الأثمان، والمطعومات، أو مع اختلافهما، واتحاد جنس الثمنية، والطعم كما تقدم، وعليه فلا يحكم بصحة عقده، ولزومه إلا بعد توفر هذا الشرط .

الشرط الثاني: أن يكون عقد الصرف خالياً عن خيار الشرط: كأن يتم عقد الصرف بين الطرفين فيشترط أحدهما أنه يكون بالخيار في القبول، أو الرد مدة يومين مثلاً، فالخيار يمنع ثبوت الملك، أو تمامه في المعقود عليه، وذلك يخل بالقبض، الذي هو شرط في صحة الصرف، لهذا اشترط أهل العلم رحمهم الله في عقد الصرف أن يكون خالياً من خيار الشرط وهذا باتفاقهم رحمهم الله.[٣]

وعلة ذلك أن الخيار يجعل بين المتعاقدين بعض الترابط، وعدم البت في العقد، والصرف لا يقبل ذلك؛ لاحتمال تغير السعر، يشهد لذلك ما قاله الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [لأن موضوعها - أي عقد الصرف، والسلم، وبيع مال الربا بجنسه - على أن لا يبقى بينهما عُلْقة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض، وثبوت الخيار يبقى بينهما عُلَقا] اهـ[٤]

---

(١) تقدم تخريجه ص ١٧٠.

(٢) شرح مسلم للنووي ١٤/١١، سبل السلام للصنعاني ٨٤٥/٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩/٥، مواهب الجليل للحطاب ٣٠٨/٤، الحاوي الكبير للماوردي ٣٠/٥ المغني لابن قدامة ٤٨/٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٤٨/٦.

كما أكد هذه العلة الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله عند بيانه لعلة التحريم في هذه المسألة بقوله:[لأن القبض في هذا العقد – يعني الصرف – شرط بقائه على الصحة، وخيار العقد يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، فيمنع صحة القبض] اهـ[١]

الشرط الثالث: أن يكون البدلان متماثلين إذا كانا جنساً واحداً: فإذا كان المبيعان من جنس واحد من الموزونات، فإنه لابد من التماثل بينهما، وهذا الشرط الأصل فيه ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه وفيه [..مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد][٢]، فبين النبي صلى الله عليه وسلم أنه لابد من التماثل عند اتحاد الصنف، والجنس في المبيع من الموزونات، وهذا الشرط أيضاً متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله في الذهب، والفضة عند اتحادهما، واختلفوا في إلحاق غيرهما بهما.[٣]

وهذه الشروط الآنفة الذكر، من التقابض في المجلس، وعدم الخيار، وعدم التفاضل في الجنس الواحد يلحظ فيها أن العاقدين يقومان بإنهاء التعاقد في حينه، فلا يكون بينهما ارتباط بعد زوال المجلس؛ لأن الصرف من صفته أنه دائم التغير، فإذا لم ينهيا العقد فربما حدث في سعر الصرف تغير حاد فترتب على عدم إنهاء العقد وبتّه نزاع بين الطرفين، أما في حالة بت العقد، وقبضه فكل منهما قد ملك ما انتقل إليه، فما حدث من تغير فهو في ملكه، والشريعة الإسلامية تحرص دائماً على بتر جذور كل ما يؤدي لحدوث نزاع بين أفراد المجتمع الإسلامي.

وبهذا يظهر أن عقد الصرف لازم للمتصارفين جميعاً، فلا يحق لأحد الطرفين أن يرجع عن الصرف، أو أن يفسخه ما لم يرض الطرف الآخر بذلك، وهذا اللزوم مفتقر إلى هذه الشروط الثلاثة، فلا يحكم به إلا بعد تحققها، ووجودها.

ثانياً: عقد السلم:

تعريف السلم:

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩/٥.

(٢) تقدم تخريجه ص١٧٠.

(٣) الهداية للمرغيناني ٨١/٣، التلقين للقاضي عبد الوهاب ٣٧٧/٢، مغني المحتاج للشربيني٣١/٢، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤٩٥/٤.

في اللغة :مأخوذ من أسلم،وهو مثل أسلف وزناً ،ومعنى،يقال:أسلم في الشيء ،وسلّم،إذا أعطى الثمن مقدماً ،وتكون السلعة مؤجلة.[١]

وفي الاصطلاح:هو بيع موصوف في الذمة بثمن مقبوض بمجلس العقد.[٢]

مشروعية السلم:

الأصل في جواز السلم الكتاب،والسنة،والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة:٢٨٢]

فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما : (أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه،وأذن فيه،ثم قرأ هذه الآية).[٣]

وأما السنة فحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث،فقال:(من أسلف في شيء؛فليسلف في كيل معلوم،أو وزن معلوم،إلى أجل معلوم)[٤].

وأما الإجماع:فقد نقل الإمام الموفق؛ابن قدامة عن الإمام ابن المنذر رحمه الله أنه قال:(أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز).[٥]

لزوم عقد السلم للطرفين:

عقد السلم هو نوع من البيع،فحقيقته أن فيه المبادلة،غير أن الثمن في السلم يكون معجلاً ،والمثمن يكون مؤجلاً ،فالمعنى العام للبيع ينطبق على السلم،كما أن اصطلاح العلماء رحمهم الله للبيع ينطبق على السلم ففيه مبادلة مال بمال،قال الإمام عبد الله الموصلي رحمه

---

(١)لسان العرب لابن المنظور ٢٩٥/١٢ ،المصباح المنير للفيومي ١٠٩.

(٢)كشاف القناع للبهوتي ٢٨٨/٣ ،ينظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٦٦/٦ ،حاشية الدسوقي ١٩٥/٣ ، منهاج الطالبين للنووي ١٤٢/٢.

(٣)تفسير القرآن العظيم لابن كثير٤٩٦/١.

(٤)متفق عليه،صحيح البخاري،كتاب السلم،باب السلم في وزن معلوم ٤٤/٣ ،صحيح مسلم،كتاب البيوع،باب السلم ٥٥/٣.

(٥)المغني لابن قدامة ٣٨٤/٦.

الله:[وهو نوع من البيع، لكن لما اختص بحكم، وهو تعجيل الثمن اختص باسم كالصرف] اهـ[(١)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:[وهو نوع من البيع، ينعقد بما ينعقد به البيع] اهـ[(٢)]

وإذا كان السلم بيعاً، فهو عقد لازم للطرفين المسلِم، والمسلَم إليه، فيلزم كل منهما بإتمامه، وعدم فسخه دون أن يوافق الطرف الآخر، وقد صرح الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله بلزوم عقد السلم فقال:[وكان العقد لازماً على ما افترقا عليه] اهـ[(٣)]

شروط لزوم عقد السلم:

السلم وإن كان نوعاً من البيع إلا أن له شروطاً تخصه، تضاف إلى الشروط العامة للزوم، والتي سبق ذكرها عند بيان أركان لزوم العقد، وشروطه[(٤)]، وهذه الشروط منها ما هو متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله، ومنها ما هو مختلف فيه بينهم، و هي:

الشرط الأول: أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفة: المسلم فيه يشترط فيه أن يكون مما يمكن ضبطه بالصفة التي يختلف الثمن باختلافها، فيذكر كل صفة يختلف الثمن باختلاف أحوالها، فيزيد الثمن عند وجود بعضها، وينقص عند فقدانها، والعلم بمثل هذه الصفات لا طريق إليه إلا بالرجوع إلى العوائد، واختلاف المقاصد، فإذا لم يمكن ضبط المسلم فيه بالصفة فلا يصح السلم فيه؛ لأن البيع فيه يكون على مجهول، وبيع المجهول لا يجوز، ولذا فقد بين أهل العلم رحمهم الله ما يصح فيه السلم من المكيلات، والموزنات، والمذروعات، والمعدودات، التي يمكن أن تضبط صفاتها، وذكروا أمثلتها من الحبوب، والدواب، والأخشاب، والأحجار، والحديد، والرصاص، والزجاج، وغير ذلك، كما ذكروا أمثلة لا يصح فيها السلم كالأواني التي تكون مختلفة الأعالي، والأسافل، كالأباريق، والأواني مختلفة الأجزاء، والتي لا يمكن أن تنضبط بالصفة، خاصة في الأزمنة القديمة، لكن لو أمكن ضبط صفاتها كما في هذا العصر الذي أصبحت الصناعة فيه على درجة من الدقة، وأمكن ضبط

---

(١) الاختيار للموصلي ٢/٣٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٣٨٤.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٤٠٣.

(٤) ينظر ص ٥٥.

المقاييس فيها بدقة متناهية، فإن الحكم يختلف، فيصبح السلم فيها جائزاً، فمدار هذا الشرط أن يخلو العقد من الغرر المبني على وجود الجهالة المفضية إلى التنازع، والاختلاف.[١]

الشرط الثاني:أن يقبض رأس المال في مجلس العقد:إذا تم تحديد رأس المال فهل لا بد من قبضه في مجلس العقد، أم يصح العقد، ولو تفرقا قبل تسليم رأس المال في مجلس العقد ؟

اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول:يشترط لصحة السلم تقديم رأس المال في مجلس العقد،[٢] وهذا الشرط ذهب إليه الحنفية،[٣] والشافعية،[٤] والحنابلة،[٥] وبعض المالكية،[٦] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في شروط رأس مال السلم :[ومنها :أن يكون مقبوضاً في مجلس العقد][٧] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله في شروط السلم :[أحدها :تسليم رأس المال في المجلس][٨] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في شروط السلم :[أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد][٩] اهـ

وقال الإمام أبو عمر ابن عبدالبر المالكي رحمه الله: [ويكون رأس المال ناجزاً لا يفترقان حتى يقبضه المسلم إليه، وإن تأخر اليوم، واليومين، والثلاثة بشرط، أو بغير شرط جاز أيضاً عند مالك...، والذي به أقول:أنه لا يجوز فيه إلا تعجيل النقد][١٠] اهـ

---

(١)الهداية للمرغيناني ٧١/٣، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٦٠/٢، المهذب للشيرازي ٣٠٤/١، كشاف القناع للبهوتي ٢٨٩/٣، هناك خلاف بين العلماء في بعض الأشياء هل يصح السلم فيها ؟ وذلك للخلاف في إمكانية ضبط صفاتها أم لا.

(٢)فتح الباري لابن حجر٤٢٨/٤.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٢/٥.

(٤)مغني المحتاج للشربيني ١٤١/٢.

(٥)المغني لابن قدامة ٤٠٨/٦.

(٦)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٥٥٤/٢.

(٧)بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٢/٥.

(٨)منهاج الطالبين للنووي١٤١/٢.

(٩)المغني لابن قدامة ٤٠٨/٦.

(١٠)الكافي لابن عبدالبر٦٩١/٢.

القول الثاني:لا يشترط لصحة السلم تقديم رأس المال في مجلس العقد،بل يجوز أن يتأخر قبض رأس المال يومين أو ثلاثة،وهو مذهب المالكية رحمهم الله لأن المقارب للشيء يأخذ حكم ذلك الشيء.[١]

قال الإمام أبو عمر ابن عبدالبر المالكي رحمه الله:[ولو يكون رأس المال ناجزاً لا يفترقان حتى يقبضه المسلم إليه،وإن تأخر اليوم،واليومين،والثلاثة بشرط،أو بغير شرط جاز أيضاً عند مالك...،والذي به أقول:أنه لا يجوز فيه إلا تعجيل النقد][٢] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة،وهم يسلفون في الثمار السنتين،والثلاث،فقال:(من أسلف في شيء؛فليسلف في كيل معلوم،أو وزن معلوم،إلى أجل معلوم).[٣]

وجه الدلالة: أن قوله عليه الصلاة والسلام:فليسلف أي فليعط،فالسلف ينبئ عن التقدم،فيقتضي لزوم تسليم رأس المال،ويقدم قبضه على قبض المسلم فيه،فكأن لفظ السلف يدل على تعجيل رأس المال،واشتراط تقديمه.[٤]

أما دليلهم من العقل فمن ثلاثة وجوه:

الوجه الأول:أن السلم عقد معاوضة،لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق،فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض،كالصرف.[٥]

الوجه الثاني:أنه كما يجب تسليم رأس المال في الحال عند الإقالة في السلم،فكذلك عند الابتداء؛إذ هو مثله قياساً عليه بلا فرق.[٦]

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٥٥٣،حاشية الدسوقي ٣/١٩٥.

(٢)الكافي لابن عبدالبر٢/٦٩١.

(٣)تقدم تخريجه ص ١٧٤.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٠٢.

(٥)المغني لابن قدامة٦/٤٠٩.

(٦)الكافي لابن عبدالبر٢/٦٩١.

الوجه الثالث:أن في السلم غرراً،فلا يضم إليه غرر بتأخير تسليم رأس المال.[١]

دليل القول الثاني: (لا يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد) استدلوا بالعقل فقالوا :إن الثلاثة الأيام مقاربة لمجلس العقد،والمقارب للشيء يأخذ حكمه.[٢]

الترجيح:

والذي يترجح في نظري والعلم عند الله هو قول الجمهور من أهل العلم رحمهم الله؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل،والعقل.

ثانياً:أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من دليل العقل،فهو مردود بعقد الصرف،فالقبض شرط فيه،ولم يأخذ ما قارب القبض حكم القبض،فلو أن المتصارفين لم يقبضا إلا بعد يوم لبطل الصرف؛لتخلف أحد شروطه،فكذلك السلم.

ثالثاً:أنه إذا لم يعجل رأس المال كان من بيع الدين بالدين،وهو محرم.[٣]

الشرط الثالث:أن يكون رأس مال السلم معلوماً:رأس المال في السلم إن كان في الذمة ولم يكن معيناً،فلا خلاف في اشتراط معرفة صفته؛لأنه أحد عوضي السلم،وقد نص على عدم الخلاف في هذه المسألة الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله حيث قال:[ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته إذا كان في الذمة] اهـ[٤]

---

(١)مغني المحتاج للشربيني٢/١٤٠.

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٥٥٤.

(٣)ورد في ذلك حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ،وهو حديث رواه ابن عمر رضي الله عنهما،وقد أخرجه الدارقطني٣/٧٢،والطحاوي في شرح معاني الآثار٤/٢١،تلخيص الحبير لابن حجر٣/٢٩،وقد ذكر أن هذا الحديث من رواية موسى بن عبيدة،وأن الإمام الشافعي رحمه الله قال:أهل الحديث يوهنون هذا الحديث،كما أن الإمام أحمد رحمه الله قال:لا تحل الرواية عنه،و لا أعرف هذا الحديث عن غيره،وقال أيضاً:ليس في هذا حديث يصح،لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين،إرواء الغليل للألباني٥/٢٢٠.

(٤)المغني لابن قدامة٦/٤١١.

أما إذا كان الثمن معيناً ،فقولان لأهل العلم في اشتراط معرفة وصفه ،أرجحهما أنه يشترط؛لأن عقد السلم لا يملك العاقدان إتمامه في الحال،ولا تسليم المعقود عليه،ولا يؤمن انفساخه،فوجب معرفة رأس المسلم فيه ليرد بدله كالقرض.(١)

الشرط الرابع:أن يكون المسلم فيه موصوفاً في الذمة:لما كانت حقيقة السلم قائمة على الدين،فإنه لا يتحقق بيع السلم إلا بالأجل،فلا يصح السلم في معين كالدور،والعقار؛لأنه يؤدي إلى بيع معين إلى أجل،و لا تكون فيه فائدة للتأجيل ما دام المثمن حاضراً فلم يفارق البيع،وإذا كان السلم مبنياً على الأجل،فلابد من أن يكون المسلم فيه موصوفاً في الذمة،وصفاً يمنع جهالته،فلا يحصل النزاع عند التسليم،وهذا الشرط متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله.(٢)

الشرط الخامس:أن يكون المسلم فيه مؤجلاً إلى أجل معلوم:اختلف أهل العلم رحمهم الله هل يشترط لصحة السلم أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ؟ وذلك على قولين لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول:يشترط لصحة السلم أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ،وهو مذهب الحنفية ،(٣) والمالكية ،(٤)والحنابلة ،(٥)رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً] (٦) اهـ

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ،لا يجوز أن يكون حالاً](٧)اهـ

---

(١)المغني لابن قدامة٦/٤١١ ،ينظر بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٠١ ،المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٨٣ مغني المحتاج للشربيني٢/١٤٢.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٠٢ ،المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢//٩٨٣ ،روضة الطالبين للنووي ٤/٦، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٥/٤.

(٣)الهداية للمرغيناني ٣/٧٣.

(٤)المعونه للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٨٣.

(٥)المغني لابن قدامة٦/٤٠٢.

(٦)الهداية للمرغيناني ٣/٧٣.

(٧)المعونه للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٨٣.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[يشترط لصحة السلم كونه مؤجلاً، ولا يصح السلم الحالُ][1]اهـ

القول الثاني: لا يشترط التأجيل، بل يصح أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، أو حالاً، وهو مذهب الشافعية،[2] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[يصح السلم الحال، كالمؤجل][3]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (لا يصح السلم إلا مؤجلاً) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، إلى أجل معلوم).[4]

وجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالأجل، وأمره يقتضي الوجوب، ثم إن أمره بهذه الأمور؛ وقع تبييناً لشروط السلم، ومنعاً منه بدونها.[5]

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن السلم إنما جاز رخصة للرفق، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق، فلا يصح، كالكتابة.

الوجه الثاني: أن حلول السلم يخرجه عن اسمه، ومعناه، أما الاسم؛ فلأنه يسمى سلماً وسلفاً؛ لتعجل أحد العوضين، وتأخر الآخر، وأما المعنى؛ فالشارع أرخص فيه للحاجة الداعية إليه، ومع حضور ما يبيعه حالاً لا حاجة إلى السلم.[6]

دليل القول الثاني: (يصح السلم حالاً ومؤجلاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إن السلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٢/٦.

(٢) روضة الطالبين للنووي ٧/٤، مغني المحتاج للشربيني ١٤٣/٣..

(٣) روضة الطالبين للنووي ٧/٤ .

(٤) تقدم تخريجه ص١٧٥.

(٥) المغني لابن قدامة ٤٠٢/٦، ينظر فتح الباري لابن حجر ٤٣٠/٤، نيل الأوطار للشوكاني ٢٥٤/٥، سبل السلام للصنعاني ٨٦٥/٣.

(٦) المغني لابن قدامة ٤٠٢/٦.

المؤجل؛قد ورد به النص ،وأما الحال فهو من باب أولى؛لبعده عن الغرر.[١]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله هو القول باشتراط التأجيل للمسلم فيه؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدلوا به من النقل،والعقل.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بإلحاق الحال بالمؤجل،فيجاب عنه بأنه قياس على ما خالف القياس،إذ السلم بيع معدوم،فيلزم مع عدم الأجل بيع ما هو معدوم.[٢]

إذا تقرر ذلك فإن جميع أهل العلم متفقون على أن يكون الأجل معلوماً لقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة:٢٨٢].

قال ابن عباس رضي الله عنهما :نزلت هذه الآية في السلم خاصة ،[٣]فوصف الأجل بأنه مسمى دليل على أن الجهالة لا تجوز،قال الإمام ابن المنذر رحمه الله:[دل قول الله تعالى: ﴿ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ [البقرة:٢٨٢]،على أن السلم إلى الأجل المجهول غير جائز][٤]اهـ ،ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(إلى أجل معلوم)[٥]،قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:[أنه لا بد من كون الأجل معلوماً . . .لا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافا][٦]اهـ

الشرط السادس:أن يكون المسلم فيه معلوماً:لما كان السلم لغائب عن مجلس العقد،وطريق العلم بالمثمن تكون تارة بالرؤية،وتارة بالوصف ،والرؤية هنا ممتنعة هنا،فلم يبق إلا الوصف،فيتم وصف المسلم فيه وصفاً يؤدي إلى العلم به،علماً يمنع الجهل،فيبين المسلم فيه من حيث الجنس،والنوع،والجودة،والمقدار،فإن كان مكيلاً فبالكيل،وإن كان موزونا

---

(١)روضة الطالبين للنووي ٧/٤،مغني المحتاج للشربيني ١٤٣/٣.

(٢)نيل الأوطار للشوكاني٢٥٦/٥ ،سبل السلام للصنعاني٨٦٥/٣.

(٣)المحرر الوجيز لابن عطية٥٠٠/٢.

(٤)الجامع لأحكام القرآن للقرطبي٣٧٨/٣.

(٥)تقدم تخريجه ص ١٧٤.

(٦)المغني لابن قدامة ٤٠٣/٦ ،ينظر بدائع الصنائع للكاساني ٢١٢/٥ ،المعونه للقاضي عبد الوهاب ٩٨٣/٢، مغني المحتاج للشربيني ١٤٣/٣.

فبالوزن، وإن كان معدوداً فبالعد، وإن كان مذروعاً فبالذرع، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [لا نعلم في اعتبار المقدار خلافاً] اهـ[١]

ومستند ذلك ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم)[٢] الحديث، فذكر الكيل والوزن، وأما العد والذرع فيمكن ضبط المسلم فيه بهما فيكون العد، والذرع، كالكيل، والوزن.[٣]

الشرط السابع: أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله: مقتضى هذا الشرط أن يكون المسلم فيه ممكن الوجود في الوقت الذي يكون فيه الأجل قد حل، حتى يمكن تسليمه إلى المسلم إليه، فإن لم يكن كذلك فلا يصح السلم؛ لأن هذا العقد على هذا الوجه يكون من باب الغرر المنهي عنه شرعاً[٤]، وهذا الشرط باتفاق أهل العلم رحمهم الله، قال الإمام الموفق بن قدامة رحمه الله: [الشرط الخامس: وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله، ولا نعلم فيه خلافاً، وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه، وإذا لم يكن عام الوجود، لم يكن موجوداً عند المحل لحكم الظاهر، فلم يمكن تسليمه، فلم يصح بيعه، كبيع الآبق، بل هو أولى] اهـ[٥]

فإذا توفرت هذه الشروط في السلم انعقد صحيحاً، واكتسب صفة اللزوم للطرفين، ولزمهما الوفاء به، ولم يكن من حق أحدهما فسخه إلا بعد رضا الطرف الآخر.

ومن أمثلة السلم المستجدة في هذا العصر ما يتم الاتفاق عليه بشراء سيارة، أو طائرة، أو سفينة، أو قطار، من نوع مخصوص وبتاريخ صنع قادم لم ينزل بعد في السوق، حيث يتم التعاقد عليه بين المشتري، وبين الشركات المتخصصة في إنتاج مثل هذه السلع، وحينئذ يجري التعاقد على بيع موصوف في الذمة مشروط فيه العمل، فيتفق الطرفان على نوعية السلعة المراد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٠/٦، ينظر بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٧/٥، المعونه للقاضي عبد الوهاب ٩٨٣/٢، مغني المحتاج للشربيني ١٤٦/٣.

(٢) تقدم تخريجه ص١٧٤.

(٣) المعونه للقاضي عبد الوهاب ٩٨٣/٢، المغني لابن قدامة ٤٠١/٦.

(٤) يشهد لذلك حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر، ينظر تخريجه ص١١٦.

(٥) المغني لابن قدامة ٤٠٦/٦، ينظر بدائع الصنائع للكاساني ٢١١/٥، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٥٨/٢، روضة الطالبين للنووي ١١/٤.

تنفيذها، وصفاتها، والخصائص التي يريدها المشتري فيها، وأعدادها المطلوبة، ثم يتم ضرب الأجل، ودفع المبالغ المتفق عليها.

وهذا في الحقيقة ضرب من عقد السلم، من جهة كونه بيعاً لموصوف في الذمة، دفع ثمنه مقدماً، على أن يتم تسليمه في الأجل المتفق عليه.

وعلى هذا فيشترط فيه ما يشترط في السلم من قبض رأس المال في مجلس العقد، وضبطه بالصفة على وجه لا جهالة فيه، ولا غرر، وأن يكون الأجل معلوماً.

وهكذا السلم في تنفيذ الأبواب والنوافذ للمنازل وغيرها حيث تكون هناك مواصفات ومقاييس لتلك الأبواب والنوافذ ومدة يتم فيها التسليم.

وهكذا يقال في خياطة الثياب حيث يقوم الخياط بتأمين القماش و من ثم خياطته على الصفة المتفق عليها، من حيث المقاس والشكل، إلى غير ذلك من الأمثلة.

فإذا توفرت في جميع هذه الصفقات الشروط المعتبرة لصحة السلم حكمنا بصحة العقد، ولزومه للطرفين.

ثالثاً: عقد الشفعة:

تعريف الشفعة:

هي مأخوذ من الشفع، وهو ضد الوتر، يقال: شفعت الشيء شفعاً، إذا ضممته إلى الفرد، وهي مشتقة من الزيادة؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وتراً، فصار زوجاً شفعاً.(١)

وفي الاصطلاح: استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي بمثل ثمنها.(٢)

ومثال الشفعة أن يكون زيد، وعمرو شركين في عقار، فيقوم زيد ببيع نصيبه على شخص آخر، فالشارع هنا أعطى عمراً الحق في أخذ حصة شريكه ممن اشتراها، وإن لم يرض شريكه، والمشتري، وذلك لأن الشافع قد يلحقه ضرر من هذا المشتري الجديد، فأعطى الشرع الشافع الحق في أخذ ذلك النصيب، دفعاً لذلك الضرر المحتمل.

---

(١) لسان العرب لابن منظور ١٨٣/٨، المصباح المنير للفيومي ١٢١.

(٢) تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٣٧٦/٩، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢١٦/٦، حاشية الدسوقي ٤٧٣/٣، مغني المحتاج للشربيني ٤٠٠/٢، المغني لابن قدامة ٤٣٥/٧ الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤٢٦/٥.

مشروعية الشفعة:

الأصل في جواز الشفعة السنة ،والإجماع.

أما السنة فحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال:(قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم،فإذا وقعت الحدود ،وصُرِّفت[(١)] الطرق فلا شفعة).[(٢)]

أما الإجماع فقد نقله الإمام ابن المنذر رحمه الله حيث يقول:[وأجمعوا على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض،أو دار،أو حائط[(٣)]] اهـ[(٤)]

لزوم عقد الشفعة للطرفين:

لما كانت الشفعة في الحقيقة بيعاً ،فالشريك يقوم بشراء حصة شريكه،لكن هنا يكون الشراء مع سخط الشريك ،قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:[لأن الشفعة بيع في الحقيقة،لكن الشارع جعل للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري] اهـ[(٥)]

ومن هنا يظهر أن الشفعة تأخذ حكم البيع؛لأنها مبادلة مال بمال، إلا أن الشافع يأخذ المبيع بالثمن الذي استقر عليه العقد الأول،فالشرع اثبت للشافع حق الانتزاع،لدفع ضرر الشريك الجديد ،وإذا ثبت كون الشفعة بيعاً فإنها تكون لازمة للطرفين،فلا يحق للشافع،أو المشفوع عليه فسخ العقد ،دون أن يكون هناك رضى من الطرف الآخر.

شروط لزوم عقد الشفعة:

لا تكون الشفعة لازمة للمتعاقدين إلا إذا توفرت فيها الشروط المعتبرة للحكم بصحتها ،والتي تضاف إلى الشروط العامة لأركان لزوم العقد المتقدمة ،[(٦)]وهذه الشروط هي:

الشرط الأول:أن يكون المشفوع فيه منتقلاً بعوض مالي:فأما المنتقل بغير عوض،كالهبة

---

(١)أي بُيِّنت مصارفها،وشوارعها،كأنه من التصرف والتصريف.النهاية في غريب الحديث لابن الأثير٢٤/٣.

(٢)رواه البخاري في كتاب الشفعة،باب الشفعة فيما لم يقسم،صحيح البخاري٤٦/٣ ،ومسلم في كتاب البيوع،باب الشفعة،صحيح مسلم٥٧/٥.

(٣)هو البستان من النخيل إذا كان عليه حائط،وهو الجدار،النهاية في غريب الحديث لابن الأثير٤٦٢/١.

(٤)الإجماع لابن المنذر١٢١.

(٥)المغني لابن قدامة ٤٤٠/٧ ،ينظر:كشاف القناع للبهوتي١٤٠/٤.

(٦)ينظر ص ٥٥.

لغير ثواب، والصدقة، والوصية، والإرث، فلا شفعة فيه، في قول عامة أهل العلم رحمهم الله.(١)

وفي رواية للإمام مالك(٢) رحمه الله وهو قول الإمام ابن أبي ليلى(٣) رحمه الله(٤) أن الشفعة تكون في المنتقل بغير عوض.

والذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو قول الجمهور؛ لأن الهبة والصدقة يكون الملك فيها منتقلاً بغير عوض، فأشبه الملك المنتقل بالإرث، ثم ليس هناك عوض يدفع الشفيع مثله إذا كان منتقلاً بغير عوض.(٥)

الشرط الثاني: أن يكون اشتراك في الملك، أو في حق من حقوق الأملاك: المراد بذلك أن الشفعة لا تقع إلا في الأملاك المشتركة، أو يكون الاشتراك في حقوق الأملاك كالآبار في المزارع، والطرقات، والمداخل في البيوت، ونحو ذلك، والعقارات المشتركة على هذا الوجه منه ما هو غير مقسوم باق على أصل الشركة فيه بين اثنين، أو أكثر، ومنها ما هو مقسوم، ثم هذا المقسوم منه ما تقع الشركة فيه في مرفق من مرافقه، ومنه ما هو بخلاف ذلك، والشفعة في هذا كله فيها تفصيل، وخلاف بين أهل العلم رحمهم الله يمكن توضيح مسائله على النحو التالي:

المسألة الأولى: العقار الذي لم يقسم، كالأراضي، والبساتين، تكون بين شريكين لم يقسما، فلو تصرف أحدهما ببيع نصيبه، فالشفعة ثابتة في هذا النوع من العقار بإجماع أهل العلم رحمهم الله.(٦)

---

(١) الاختيار للموصلي ٤٢/٢، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢٧١/٢، مغني المحتاج للشربيني ٤٠٣/٢، المغني لابن قدامة ٧/ ٤٤٤.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢٧١/٢.

(٣) هو الإمام أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي ولد سنة نيف وسبعين، كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، كان صدوقاً، صاحب سنة، قارئاً، عالماً، تولى القضاء، والإفتاء بالكوفة، توفي رحمه الله في رمضان سنة ١٤٨هـ. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٥٨/٦، سير أعلام النبلاء للذهبي ٣١٠/٦، ميزان الاعتدال للذهبي ٢٢١/٦)

(٤) المغني لابن قدامة ٤٤٤/٧.

(٥) المصدر السابق.

(٦) الإجماع لابن المنذر ١٢١.

المسألة الثانية:العقار الذي قسم،ولم يشارك الشريك شريكه في مرفق ونحوه،كأن تكون بينهما أرض بيضاء،فاقتسما تلك الأرض،ثم باع أحدهما،فهل للآخر الشفعة ؟في هذه المسألة قولان:

القول الأول:ليس للشريك الذي قاسم،أن يشفع إذا باع صاحبه،وهو مذهب المالكية،[١] والشافعية،[٢] والحنابلة،[٣] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله في شروط المشفوع فيه: [أن يكون مشاعاً غير مقسوم][٤] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[و لا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع،فأما الجار،والقاسم فلا شفعة لهما][٥] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في الشفعة:[لا تثبت إلا بشروط أربعة،أحدها:أن يكون الملك مشاعاً،غير مقسوم،فأما الجار فلا شفعة له][٦] اهـ

القول الثاني:أن للشريك الذي قاسم أن يشفع،وهو في حكم الجار،وهو مذهب الحنفية،[٧] رحمهم الله،إذ أنه يكون في حكم الجار.

قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله:[وتجب للخليط في نفس المبيع،ثم في حق المبيع،ثم للجار][٨] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (ليس للشريك الذي قاسم الشفعة) استدلوا بالنقل،وهو حديث جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما قال:(قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٧٥٧.

(٢)المهذب للشيرازي ١/٣٨٤.

(٣)المغني لابن قدامة ٧/٤٣٦.

(٤)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٧٥٧.

(٥)المهذب للشيرازي ١/٣٨٤.

(٦)المغني لابن قدامة ٧/٤٣٦.

(٧)الاختيار للموصلي٢/٤٣.

(٨)المصدر السابق.

يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرِّفت الطرق فلا شفعة).[1]

وجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أن الشفعة إنما تكون بالخلطة والشراكة، والشريك الذي قاسم، ولم يكن بينهما ما يشتركان فيه، ليس مشاركاً، ولا مخالطاً، فالحدود مبيَّنة، والطرق معروفة فلا شفعة له.

دليل القول الثاني: (للشريك الذي قاسم الشفعة) استدلوا بالنقل، وذلك بالحديثين التاليين:

الأول: عن أبي رافع رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الجار أحق بسقبه[2]).[3]

الثاني: عن الشريد بن سويد الثقفي رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها قسم، ولا شريك؛ إلا الجوار؟ قال: (الجار أحق بسَقَبه).[4]

ووجه الدلالة منهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت الشفعة للجار، والشريك الذي قد قاسم بمثابة الجار.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم ثبوت الشفعة للمشارك الذي قاسم؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل.

ثانياً: أما استدلالهم بحديثي أبي رافع، والشريد رضي الله عنهما فيجاب بأنهما مطلقان قيدهما، حديث جابر رضي الله عنهما (إذا كان طريقهما واحداً) وهذا يدل على أن الجار تختص شفعته بحالة وجود الحق المشترك، أما إذا لم يكن بينهما حق مشترك فلا شفعة لحديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما.

---

(١) تقدم تخريجه ص ١٨٤.

(٢) السقب: بالسين والصاد، وهو القرب، يقال: سقبت الدار، وأسبقت: أي قربت. النهاية لابن الأثير۲/ ۳۷۷.

(٣) رواه البخاري، في كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، صحيح البخاري٣/ ٤٧، وفيه قصة.

(٤) رواه النسائي، كتاب البيوع، باب الشفعة وأحكامها، سنن النسائي٧/ ٣٢٠، وابن ماجة، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، سنن ابن ماجة٢/ ٨٣٤. ولم يذكر الألباني في هذا الحديث في صحيح النسائي ١٩١/٢ و [illegible] ١٩٢

المسألة الثالثة: العقار الذي قسم، ولكن كان بينهما حق مشترك، مثل أن يكون شريكين في بستان، ثم يقتسمانه، ويبقى بينهما اشتراك في بئره، أو طريقه ونحوها من المرافق، فهل تثبت الشفعة في مثل هذه العقارات؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن الشفعة تثبت في العقار الذي قسم، وبينهما حق مشترك، كطريق، وماء، وهو مذهب الحنفية،[1] ورواية عن الإمام أحمد،[2] واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[3]، والإمام ابن القيم[4] رحمهم الله.

قال الإمام عبدالله الموصلي رحمه الله: [وتجب للخليط في نفس المبيع، ثم في حق المبيع، ثم للجار][5] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وقيل: تجب الشفعة بالشركة في مصالح عقار][6] اهـ

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: [وقد تنازع الناس في شفعة الجار على ثلاثة أقوال، أعدلها هذا القول: أنه إن كان شريكاً في حقوق الملك ثبتت له الشفعة وإلا فلا][7] اهـ

وقال الإمام ابن قيم الجوزية رحمه الله: [والصواب القول الوسط ... أنه إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق، وماء، أو نحو ذلك، ثبتت الشفعة...][8] اهـ

القول الثاني: أن الشفعة لا تثبت في العقار الذي قسم، ولو كان بينهما حق مشترك، وهو

---

(١) الاختيار للموصلي ٢/٤٣.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٦/٢٥٥.

(٣) الاختيارات الفقهية للبعلي ٢٨٩.

(٤) أعلام الموقعين لابن القيم ٢/١٤٩.

(٥) الاختيار للموصلي ٢/٤٣.

(٦) الإنصاف للمرداوي ٦/٢٥٥.

(٧) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٠/٣٨٣.

(٨) أعلام الموقعين لابن القيم ٢/١٤٩.

مذهب المالكية،[1] والشافعية،[2] الحنابلة،[3] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله في شروط المشفوع فيه: [أن يكون مشاعاً غير مقسوم][4] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [و لا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع، فأما الجار والقاسم فلا شفعة لهما][5] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في الشفعة: [لا تثبت إلا بشروط أربعة، أحدها: أن يكون الملك مشاعاً، غير مقسوم، فأما الجار، فلا شفعة له][6] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (تثبت الشفعة للشريك المقاسم، وبينهما حق مشترك) استدلوا بعدة أحاديث منها:

الأول: عن أبي رافع رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الجار أحق بسقبه).[7]

الثاني: عن الشريد بن سويد الثقفي رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار؟ قال: (الجار أحق بسقبه).[8]

الثالث: عن سمرة بن جندب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (جار الدار، أحق بدار الجار، أو الأرض).[9]

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٢٦٧.

(٢) المهذب للشيرازي ١/٣٨٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٦، الإنصاف للمرداوي ٦/٢٥٥.

(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٥٧.

(٥) المهذب للشيرازي ١/٣٨٤.

(٦) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٦.

(٧) تقدم تخريجه ص ١٨٧.

(٨) تقدم تخريجه ص ١٨٧.

(٩) رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الشفعة، سنن أبي داود ٣/٢٨٦، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، سنن الترمذي ٣/٦٥٠، وقال حديث حسن صحيح، قال البخاري: كلا الحديثين عندي صحيح، سنن الترمذي ٣/٦٥١، أعلام الموقعين لابن القيم ٢/١٤٤.

الرابع: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائبا، إذا كان طريقهما واحدا).[١]

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أثبت للجار الأحقية في الشفعة، فهذا الشريد رضي الله عنه يبين في سؤاله لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن له أرضا ليس له شريك، وإنما له جار، فأجاب المصطفى صلى الله عليه وسلم بأن الجار أحق، لاسيما إذا كان بينهما أمر يشتركان فيه، كالطريق كما في حديث جابر رضي الله عنهما (إذا كان طريقهما واحدا) وهذا يدل على عدم اختصاص الشفعة بالشريك المقاسم، وأنها تشتمل حتى الجار مع جاره، إلا أن الجار تختص شفعته بحالة وجود الحق المشترك؛ لأن مطلق حديث شفعة الجار قيده حديث جابر رضي الله عنه في قوله صلى الله عليه وسلم : (إذا كان طريقهما واحدا).

دليل القول الثاني:(لا تثبت الشفعة للشريك المقاسم ولو كان بينهما حق مشترك) استدلوا بحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة).[٢]

وجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أن الشفعة إنما تكون بالخلطة والشراكة، والشريك الذي قاسم ليس كذلك، فالحدود مبينة، والطرق معروفة فلا شفعة له.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بثبوت الشفعة للشريك المقاسم مع اشتراكهما في حق من حقوق الملك؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل.

ثانيا: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من حديث جابر رضي الله عنه، فيقال: الجار ينقسم إلى قسمين: جار يتضرر إذا لم يشفع، وهذا هو الذي ورد في حديث جابر رضي الله عنه وهو الذي يشارك في حق من طريق، وماء وغيرهما، فتثبت له الشفعة، وجار لا يتضرر، وهو

---

(١) رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الشفعة، سنن أبي داود ٣/٢٨٦، وابن ماجة، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، سنن ابن ماجة ٢/٨٣٤، قال الإمام ابن القيم: (وهذا حديث صحيح، فلا يرد) أعلام الموقعين ٢/١٤٤.

(٢) تقدم تخريجه ص١٨٤.

الجار المنفصل عن جاره ولا يوجد بينهما حق مشترك، فهذا لا حق له إعمالاً للأصل، وهو ما ورد فيه حديث جابر الذي استدلوا به.

المسألة الرابعة: الجار، فإن كان يشترك مع جاره في حق من حقوق الملك كطريق ونحوه، فالخلاف فيه كما سبق في الشريك الذي قاسم، وبقي بينهما اشتراك في حق من حقوق الأملاك[1]، أما إذا لم يكن بينهما اشتراك فقولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن الشفعة لا تثبت للجار الذي لا يشترك مع جاره في حق من حقوق الملك، وهو مذهب المالكية،[2] والشافعية،[3] الحنابلة،[4] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله في شروط المشفوع فيه: [أن يكون مشاعاً، غير مقسوم][5] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [و لا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع، فأما الجار، والقاسم فلا شفعة لهما][6] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في الشفعة: [لا تثبت إلا بشروط أربعة، أحدها: أن يكون الملك مشاعاً، غير مقسوم، فأما الجار فلا شفعة له][7] اهـ

القول الثاني: أن الشفعة تثبت للجار الذي لا يشترك مع جاره في حق من حقوق الملك، وهو مذهب الحنفية،[8] رحمهم الله.

قال الإمام عبدالله الموصلي رحمه الله: [وتجب للخليط في نفس المبيع، ثم في حق المبيع، ثم للجار][9] اهـ

الأدلة:

---

(١) ينظر المسألة الثالثة ص١٨٨.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٢٦٧.

(٣) المهذب للشيرازي ١/٣٨٤.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٦، الإنصاف للمرداوي٦/٢٥٥.

(٥) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٧٥٧.

(٦) المهذب للشيرازي ١/٣٨٤.

(٧) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٦.

(٨) الاختيار للموصلي ٢/٤٣.

(٩) المصدر السابق.

دليل القول الأول:(الشفعة لا تثبت للجار غير المشارك)استدلوا بحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال:(قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم،فإذا وقعت الحدود،وصُرِّفت الطرق فلا شفعة).(١)

وجه الدلالة:أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أن الشفعة إنما تكون بالخلطة والشراكة،والجار ليس كذلك،فالحدود مبيَّنة،والطرق معروفة،فلا شفعة له.

دليل القول الثاني:(الشفعة تثبت للجار غير المشارك)استدلوا بالنقل،وهوحديث أبي رافع،والشريد،رضي الله عنهما،ووجه الدلالة منهما:أن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت الشفعة للجار.(٢)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بعدم ثبوت الشفعة للجار الذي لا يشترك مع جاره في حق من حقوق الملك؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث أبي رافع،والشريد رضي الله عنهما فيجاب عنهما بأنهما مطلقان،ويقيدهما حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما حيث قيد شفعة الجار بأن يكون طريقهما واحداً،أما إذا لم يكن بينهما اشتراك فلا شفعة للحديث الآخر عن جابر رضي الله عنهما.

ثالثاً:أن في هذا القول جمعاً بين الأدلة كلها،والجمع بين الأدلة أولى من العمل ببعضها،وترك البعض.

مما سبق يظهر أن الشفعة تكون للشريك الذي لم يقاسم،وللشريك الذي قاسم وبقي بينهما اشتراك في حق من حقوق الملك،وللجارين اللذين يشتركان في مرفق من طريق،ومدخل، ونحوهما،وأما ما عدا هؤلاء فلا شفعة لهم.

الشرط الثالث:أن يكون المشفوع فيه عقاراً: الشيء المملوك إما أن يكون ثابتاً أو منقولاً،فإن كان ثابتاً،وذلك كالعقار من الدور،والأراضي،والبساتين،ونحوها،فإن الشراكة فيها هي التي يدوم ضررها،فإذا باع الشريك نصيبه دون علمه،فإنه يكون من حق

---

(١)تقدم تخريجه ص ١٨٤.

(٢)الاختيار للموصلي٢/٤٣.

شريكه إذا علم أن يأخذه بالشفعة باتفاق أهل العلم رحمهم الله.قال الإمام ابن رشد الحفيد رحمه الله:[اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور، والعقار، والأرضين كلها] اهـ[(١)]

أما غير العقار فإن كان تبعاً للعقار كالفناء، والغراس ففيه الشفعة، وقد ذكر الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله أن ما كان تبعاً للعقار فيه الشفعة بلا خلاف يعرف.[(٢)]

وأما إن كان منقولاً كالحيوان، والثياب، والسفن، ونحوها، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ثبوت الشفعة فيه على قولين:

القول الأول:أنه لا شفعة في المنقول، وهو مذهب الجمهور من الحنفية،[(٣)] والمالكية،[(٤)] والشافعية،[(٥)] والحنابلة في إحدى الروايتين،[(٦)] رحمهم الله.

قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله:[و لا شفعة إلا في العقار][(٧)]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[و لا شفعة فيما عدا هذا من الحيوان، والعروض، والطعام وغير ذلك من أعيان الأملاك][(٨)]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه][(٩)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[ولا شفعة فيما لا تجب قسمته ...، وما ليس بعقار كالشجر، والحيوان، والبناء المفرد في إحدى الروايتين][(١٠)]اهـ

---

(١)بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٥/٥.

(٢)المغني لابن قدامة ٤٣٩/٧.

(٣)الاختيار للموصلي٤٢/٢، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢١٧/٦.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢٦٨/٢.

(٥)المهذب للشيرازي ٣٨٤/١.

(٦)المغني لابن قدامة ٤٤٠/٧.

(٧)الاختيار للموصلي٤٢/٢.

(٨)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٧٥٩/٢.

(٩)المهذب للشيرازي ٣٨٣/١.

(١٠)المقنع لابن قدامة٢٥٩/٢.

القول الثاني:أن الشفعة تثبت في المنقول ،وهو رواية عن الإمام أحمد[(١)]،ومحكي عن الإمام مالك[(٢)]،رحم الله الجميع.

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[ولا شفعة فيما لا تجب قسمته ... وما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في إحدى الروايتين][(٣)]اهـ

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[والشفعة مستحقة في العقار من الدور... ،دون العروض،والحيوان،والرقيق خلافاً لمن يحكي عنه وجوبها في كل ذلك إن صح][(٤)]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(لا شفعة في المنقول)استدلوا بالنقل و العقل.

أما دليلهم من النقل فحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال:(قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم،فإذا وقعت الحدود،وصُرِّفت الطرق فلا شفعة).[(٥)]

وجه الدلالة:أن قوله صلى الله عليه وسلم:(الشفعة) هذا إخبار عن محل الشفعة،وهو مستغرق له[(٦)]مما كان عقاراً،أو له تعلق بالعقار من البناء،والغرس،ويؤيد هذا الرواية الأخرى:(قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شِرْكٍ ربعةٍ،أو حائط).[(٧)]وهذا يدخل فيه البناء والأشجار؛لأن قوله:ربعة مؤنث من ربع،وهو المنزل،والدار،[(٨)]والحائط هو البستان،فنص جابر رضي الله عنه على أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة كان مقيداً بالعقار من المساكن،والمزارع ونحوها.[(٩)]

---

(١)المغني لابن قدامة ٧/٤٤٠،الإقناع للحجاوي٢/٣٦٥.

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٢٦٨.

(٣)المقنع لابن قدامة٢/٢٥٩.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٢٦٨.

(٥) تقدم تخريجه ص ١٨٤.

(٦)المعونة للقاضي عبد الوهاب٢/١٢٦٨.

(٧)رواها مسلم في كتاب البيوع،باب الشفعة، صحيح مسلم٥/٥٧.

(٨)شرح مسلم للنووي ١١/٤٥،نيل الأوطار للشوكاني٥/٣٧٥.

(٩)المغنى لابن قدامة٧/٤٤١.

أما دليلهم من العقل فقالوا :إن الضرر في الشركة في العقار على وجه الدوام،والتخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك،أما سائر العروض فهي بخلاف ذلك.[١]

دليل القول الثاني:(تثبت الشفعة في المنقول)استدلوا بالنقل والعقل.

أما دليلهم من النقل فما تقدم من حديث جابر رضي الله عنه :(قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم).[٢]

وجه الدلالة :عموم قوله عليه الصلاة والسلام:(فيما لم يقسم) فهو يشمل الثابت والمنقول،وأما قوله بعد ذلك:" فإذا وقعت " فهي مدرجة[٣] من الراوي.[٤]

أما دليلهم من العقل فقالوا :إن الشفعة وضعت لدفع الضرر،وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم.[٥]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بأن الشفعة لا تثبت في المنقول؛ وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالنقل فيجاب عنه :بأن آخر الحديث يبين أوله،وما قالوه عن الإدراج فغير صحيح،فإن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه،حتى يثبت الإدراج ،قال الحافظ ابن حجر رحمه الله بعد ذكره للقول بالإدراج:[وفيه نظر؛لأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل] اهـ[٦] وبناء عليه فليس هناك دليل على ثبوت إدراج هذا اللفظ،فيبقى على الأصل من كونها مرفوعة،ومن الحديث.

ثالثاً :أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه :بأنه قياس،ولا قياس مع النص.

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب٢/١٢٦٨ ،المغني لابن قدامة٧/٤٤١.

(٢)تقدم تخريجه ص ١٨٤.

(٣)الإدراج في المتن:أن يذكر الراوي عقيبه كلاماً لنفسه،أو لغيره،فيرويه من بعده متصلاً فيتوهم أنه من الحديث. تدريب الراوي للسيوطي١/٢٤٠

(٤)فتح الباري لابن حجر٤/٤٣٧.

(٥)المغني لابن قدامة٧/٤٤٠.

(٦) فتح الباري لابن حجر٤/٤٣٧.

الشرط الرابع:أن يكون المشفوع فيه مما يمكن قسمه: المشفوع فيه قد يكون بحال يمكن معه القسمة دون حصول ضرر على أحد الطرفين،وذلك كأن يكون كبيراً،فلو طلب أحدهما أن يقسم بينهما لتم ذلك،وحصل لكل منهما الانتفاع بما آل إليه من قسم،فحينئذ لا إشكال في ثبوت الشفعة لحصول الضرر عليه من جراء البيع، وهذا بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله[(١)]،فإن كان العقار لا يمكن قسمه إلا بحدوث ضرر كالحمام الصغير،والطريق الضيقة،فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله فيه على قولين:

القول الأول: لا شفعة فيما لا يمكن قسمه،وهو رواية عن الإمام مالك،[(٢)] والمذهب عند الشافعية،[(٣)] وظاهر مذهب الحنابلة،[(٤)] رحم الله الجميع.

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[وقد اختلف قوله في العقار الذي لا يقسم إذا طلب الشريك الشفعة فقال:فيه الشفعة،وقال: لا شفعة إلا فيما ينقسم...] اهـ[(٥)]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[فالعقار الذي لا يقبل القسمة لا شفعة فيه على المذهب،وهو قوله الجديد] اهـ[(٦)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[و لا شفعة فيما لا تجب قسمته كالحمام الصغير،والبئر] اهـ[(٧)] والأول ظاهر المذهب

القول الثاني: أن الشفعة تكون في الذي لا يمكن قسمه،وهو مذهب الحنفية[(٨)]،والمشهور عن الإمام مالك،[(٩)] والشافعي في القديم،[(١٠)] ورواية عن الإمام أحمد،[(١١)] رحمهم الله.

---

(١)الإشراف لابن المنذر٢/٥.

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٢٨١،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٥٩.

(٣)المهذب للشيرازي ١/٣٨٤.

(٤)المغني لابن قدامة ٧/٤٤١.

(٥)المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١٢٨١.

(٦)روضة الطالبين للنووي٥/٧٠.

(٧)المقنع لابن قدامة٢/٢٥٨.

(٨)الاختيار للموصلي ٢/٤٢.

(٩)الكافي لابن عبد البر٢/٨٥٢،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٥٩.

(١٠)روضة الطالبين للنووي٥/٧١.

(١١)المغني لابن قدامة ٧/٤٤١.

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله:[وتجب في العقار سواء كان مما يقسم، أو مما لا يقسم] اهـ [(١)]

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[وقد اختلف قوله في العقار الذي لا يقسم إذا طلب الشريك الشفعة فقال:فيه الشفعة، وقال:لا شفعة إلا فيما ينقسم...] اهـ[(٢)]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[فالعقار الذي لا يقبل القسمة لا شفعة فيه...، وقيل:تثبت، ومنهم من حكاه قولاً قديماً] اهـ [(٣)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[فأما ما لا يمكن قسمته من العقار...، فعن أحمد روايتان إحداهما:لا شفعة فيه...، والثانية: فيها الشفعة] اهـ[(٤)]

الأدلة:

دليل القول الأول:(الشفعة لا تكون فيما لا يمكن قسمه)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(لا شفعة في فناء، ولا طريق، ولا منبقة[(٥)]).[(٦)]

وجه الدلالة:أن النبي صلى الله عليه وسلم نفى ثبوت الشفعة في الفناء، والطريق، والمنقبة، وهي من العقار الذي لا يمكن قسمته إلا بالضرر، فدل على أن الشفعة لا تكون في الشيء الذي يترتب الضرر فيه على قسمه .

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:إن في إثبات الشفعة ضرراً يلحق البائع؛فلا يستطيع أن يستقل بنصيبه؛لعدم تمييز نصيبه بالقسمة، فلا يمكنه البيع، وقد لا يتقدم أحد للشراء إذا علم أن الشفيع

---

(١)الاختيار للموصلي ٤٢/٢.

(٢)المعونة للقاضي عبدالوهاب١٢٨١/٢.

(٣)روضة الطالبين للنووي٧١/٥.

(٤)المغني لابن قدامة٤٤١/٧.

(٥)المنبقة :الطريق بين الدارين، كأنه نقب من هذه إلى هذه، النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير١٠٢/٥ ، وقال الموفق ابن قدامة: الطريق الضيق، المغني لابن قدامة٤٤٢/٧.

(٦)أورده الهروي في غريب الحديث، غريب الحديث للهروي١٢١/٣ ، وكذا ابن الأثير في النهاية وعزاه إلى الهروي، النهاية في غريب الحديث١٠٢/٥.

سيشاركه، فيمتنع البيع، فتسقط الشفعة، فأدى إثبات الشفعة إلى نفيها، فلحق البائع الضرر بإثبات الشفعة، والضرر يزال.

الوجه الثاني: أن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحق بالمقاسمة، لما يحتاج من إحداث المرافق الخاصة، ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم.[١]

دليل القول الثاني:(الشفعة تكون فيما لا يمكن قسمه) استدلوا بالنقل، وهو حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه قال: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم).[٢]

وجه الدلالة: عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فيشمل ذلك ما كان ممكن القسم، وما لم يمكن قسمه.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم الشفعة فيما ترتب على قسمته ضرر؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بعموم حديث جابر رضي الله عنه فيجاب عنه بأن قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم عام فيما يمكن قسمه؛ إذ أن قوله: لم يقسم دليل على إمكان القسمة، فلا يدخل في هذا العموم ما لا يمكن قسمه.

الشرط الخامس أن يأخذ المشفوع فيه جميعاً[٣]: المراد بهذا الشرط أن الشافع حينما يشفع على المشتري فإنه يجب عليه أن يأخذ كل المشفوع فيه بثمنه، فلا يأخذ البعض دون البعض، فحينما تكون الشركة بين شخصين في دار لكل منهما نصفها، فأراد أحد الشريكين بيع نصيبه، وهو النصف، فشفع الشريك الآخر، وقال: أنا أشفع في نصف نصيبك الذي هو الربع، أما الربع الآخر فلا حاجة لي فيه، أو لا قدرة لي على ثمنه، فإنه يقال حينئذ: إما أن تشفع في كله، أو تتركه كله، فلا يحق لك أن تأخذ البعض، وتترك البعض؛ لأن الشفعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٤٢.

(٢) رواه البخاري في كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، صحيح البخاري ٢/٤٧، وروى مسلم نحوه في كتاب الشفعة، صحيح مسلم ٥/٥٧.

(٣) الإجماع لابن المنذر ١٢١، ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢١، حاشية الدسوقي ٣/٤٩٠، المهذب للشيرازي ١/٣٨٨، المغني لابن قدامة ٧/٤٥٩

إنما شرعت لدفع الضرر، والقاعدة: (الضرر لا يزال بالضرر)،[١] ففي أخذك البعض، وتركك البعض، ضرر على البائع لتعطل مصلحته، فقد يكون يريد البيع كاملا، والمشتري يريد بعضه، وفيه ضرر عليه، كأن توجد عورة له تنتهك ببيع بعضه،[٢] وهذا الشرط متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله، قال الإمام أبو بكر بن المنذر رحمه الله: [وأجمعوا ... فلمن أراد الأخذ بالشفعة، أن يأخذ الجميع، أو يدعه، وليس له أن يأخذ بقدر حصته، ويترك الباقي][٣] اهـ

الشرط السادس: أن يطالب بالشفعة على الفور: المراد بهذا الشرط أن يبادر الشفيع بالمطالبة بحقه في الشفعة بعد علمه مباشرة، فإذا تأخر عن ذلك فهل يسقط حقه في الشفعة؟ والجواب أن أهل العلم رحمهم الله اختلفوا في سقوط حقه في الشفعة، ولهم في ذلك قولان مشهوران:

القول الأول: إذا أمكنه أن يطلب الشفعة، ولم يطلبها، فإن حقه في الشفعة يسقط، فالشفعة عندهم على الفور، وهو مذهب الحنفية،[٤] وقول الشافعي في الجديد،[٥] والصحيح من مذهب الحنابلة،[٦] رحم الله الجميع.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [طلب المواثبة، وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع، ولم يطلب شفعة، بطلت الشفعة] اهـ[٧]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [الأظهر المنصوص في الكتب الجديدة: أن الشفعة على الفور] اهـ[٨]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [المطالبة بها على الفور ساعة يعلم نص عليه] اهـ[٩]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٦١.

(٢) المهذب للشيرازي ٣٨٨/١، المغني لابن قدامة ٤٥٩/٧.

(٣) الإجماع لابن المنذر ١٢١.

(٤) الهداية للمرغيناني ٢٦/٤، الاختيار للموصلي ٤٤/٢.

(٥) المهذب للشيرازي ٣٨٧/١، روضة الطالبين للنووي ١٠٧/٥.

(٦) المغني لابن قدامة ٤٥٣/٧، الإقناع للحجاوي ٣٦٦/٢.

(٧) الهداية للمرغيناني ٢٦/٤.

(٨) روضة الطالبين للنووي ١٠٧/٥.

(٩) المقنع لابن قدامة ٢٦٠/٢.

القول الثاني:أن الشفيع إذا لم يطلب الشفعة،فإن حقه في طلبها لا يسقط،فالشفعة عندهم على التراخي،وهو مذهب المالكية،[١]وقول الشافعي في القديم،[٢]ورواية عند الحنابلة،[٣]رحم الله الجميع.

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[الأخذ بالشفعة ثابت للشفيع ما لم يترك،أو يظهر منه ما يدل على الترك،أو يأت من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك للشفعة] اهـ[٤]

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله في الأخذ بالشفعة:[أحدهما:أنه على التراخي،لا يسقط إلا بالعفو،أو ما يدل على الفور] اهـ[٥]

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وعنه ـ أي الإمام أحمد رحمه الله ـ أنها على التراخي،ما لم يرض] اهـ[٦]

الأدلة:

دليل القول الأول:(الشفعة على الفور) استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(الشفعة كحل العقال).[٧]

وجه الدلالة:أن المصطفى صلى الله عليه وسلم جعل للشفعة وقتا قصيرا،حيث شبه ذلك

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢//١٢٧٤،بداية المجتهد لابن رشد ٢١٤/٥.

(٢)المهذب للشيرازي ٣٨٦/١،روضة الطالبين للنووي ١٠٧/٥.

(٣)المغني لابن قدامة ٤٥٤/٧.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢//١٢٧٤.

(٥)المهذب للشيرازي ٣٨٦/١.

(٦)الإنصاف للمرداوي٢٦٠/٦.

(٧)رواه ابن ماجه،كتاب الشفعة،باب طلب الشفعة،ثم ذكر أن فيه محمد بن عبد الرحمن البيلماني،وقد قال ابن عدي فيه: كل ما يرويه البيلماني فالبلاء فيه منه،سنن ابن ماجة٨٣٥/٢،وفي تقريب التهذيب لابن حجر١٨٢/٢:محمد البيلماني ضعيف،و قال الحافظ ابن حجر رحمه الله في تلخيص الحبير ٦٥/٣ :(إسناده ضعيف جدا). إرواء الغليل للألباني ٣٧٩/٥.

الوقت بالزمن الذي يتطلبه حل العقال[١]، فدل ذلك على أن الشفعة على الفور.

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن في إثبات الشفعة على التراخي ضررا بالمشتري؛ لأن ملكه لا يستقر على المبيع، ويمنعه من التصرف في عمارته خشية أخذه منه.

الوجه الثاني: أن الشفعة خيار لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور، كخيار الرد بالعيب.[٢]

دليل القول الثاني: (الشفعة على التراخي) استدلوا بالعقل فقالوا: إنه لا ضرر في تراخي طلبه الشفعة، فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص، فكما أن له الحق في التأخر بالمطالبة بالقصاص، كذلك له التأخر في المطالبة بالشفعة.[٣]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن الشفعة على الفور؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من العقل.

ثانيا: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالقياس على حق القصاص، فهو قياس مع الفارق؛ وبيانه أن التأخر في المطالبة بالقصاص لا ضرر فيه، بل ربما كان في التأخر مصلحة بعفو أحد أولياء الدم، والشريعة تتشوف للعفو، أما في الشفعة فالضرر مترتب على التأخر في المطالبة بها كما سبق.

ثالثا: أن القائلين بأن الشفعة ليست على الفور، اختلفوا في المدة التي ينقضي بها الحق في المطالبة بالشفعة.[٤]

إذا تقرر أن الشفعة على الفور، فإنه يستثنى من تأخر الشفيع أن لا يكون على علم بالبيع، فإذا لم يعلم فإنه يبقى على شفعته حتى يعلم، وذلك كأن يكون غير حاضر في البلد

---

(١) الحل: ضد الربط، والعقال هو الحبل الذي يعقل به البعير، وحل الحبل لا يستغرق وقتا طويلا، فالشفعة يجب أن تكون على الفور من علم الشفيع بالبيع، فإذا تأخر فالشفعة تسقط. النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣/ ٢٨٠.

(٢) المهذب للشيرازي ١/ ٣٨٧، المغني لابن قدامة ٧/ ٤٥٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٧/ ٤٥٤.

(٤) المصدر السابق.

فلما قدم بعد مدة من الزمن علم بأن شريكه قد باع نصيبه فالشريك على حقه في الشفعة لأنه لم يعلم بذلك إلا بعد قدومه، وكون الشريك يبقى على حقه في الشفعة حتى يعلم مما اتفق عليه أهل العلم رحمهم الله.[1]

فإذا توفرت هذه الشروط في الشفعة، فإن عقد الشفعة يكون عقدا لازما لكل من الشفيع، والمشتري، فإذا طالب الشفيع بالشفعة، وتمت بينه وبين المشتري، فليس من حق الشافع، و لا من حق المشتري أن يفسخ أحدهما العقد إلا بعد أن يرضى الطرف الآخر.

وبهذا ظهر أن الصرف، والسلم، والشفعة عقود تندرج تحت البيع، وأنها توصف بأنها لازمة للطرفين؛ استنادا إلى أصلها فهي معاقدة مبنية على المعاوضة للمال بالمال، وخصت ببيوعات، ومعاملات معينة، وهذا لا يخرجها عن حقيقة المبادلة المالية المعتبرة في حقيقة البيع؛ ولذا فإنها تكون مثله لازمة للطرفين.

---

(١) الإشراف لابن المنذر٢/٨، ينظر: الهداية للمرغيناني ٤/٢٦، المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢//١٢٧٤، المهذب للشيرازي ١/٣٨٧، المغني لابن قدامة ٧/٤٥٣.

المطلب الثاني

الإجارة

تعريف الإجارة:

في اللغة :مأخوذة من الأجر،وهو العوض عن الشيء،يقال:أجر المملوك،يأجره،أجرا،فهو مأجور،والأجير المستأجر،وجمعة أجراء،والأجر الثواب،والأجرة الكراء،والاسم منه الإجارة .(١)

وفي الاصطلاح:عقد على منفعة مباحة معلومة بعوض معلوم.(٢)

مشروعية الإجارة:

الأصل في جواز الإجارة الكتاب،والسنة،والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق:٦].

وأما السنة فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة،رجل أعطى بي ثم غدر،ورجل باع حرا فأكل ثمنه،ورجل استأجر أجيرا،فاستوفى منه،ولم يعطه أجره).(٣)

وأما الإجماع فقد أجمع أهل العلم في كل عصر على جواز الإجارة،ومن خالف في جوازها فهو بعد انعقاد الإجماع فلا يعتد بخلافه.(٤)

لزوم عقد الإجارة للطرفين:

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦٢/١،لسان العرب لابن منظور ١٠/٤،القاموس المحيط للفيروزأبادي ٣٦٢/١،المصباح المنير للفيومي ٢.

(٢)كشاف القناع للبهوتي ٥٤٦/٣،ينظر بقية التعاريف:الهداية للمرغيناني ٢٣١/٣،الاختيار للموصلي ٥٠/٢ بلغة السالك للصاوي ٢٦٣/٢،حاشية الدسوقي ٢/٤،مغني المحتاج للشربيني٤٤٩/٢،،الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٢٩٣/٥.

(٣)رواه البخاري،كتاب الإجارة،باب إثم من منع أجر الأجير، صحيح البخاري٥٠/٣.

(٤)المغني لابن قدامة ٦/٨.

اختلف أهل العلم رحمهم الله في عقد الإجارة هل هو لازم للطرفين، وهما المؤجر، والمستأجر، فيكون كل منهما بعد صدور عقد الإجارة ملزما بإمضاء العقد، وليس له حق الفسخ إلا برضا الطرف الآخر، أم أنه عقد جائز ؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن عقد الإجارة من العقود التي تلزم الطرفين المؤجر، والمستأجر، وهو قول الجمهور من أهل العلم رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [الإجارة عقد لازم إذا وقعت صحيحة، عرية عن خيار الشرط، والعيب، والرؤية، عند عامة العلماء، فلا تنفسخ من غير عذر][1] اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [وعقد الإجارة لازم من الطرفين، ليس لأحدهما فسخه مع إمكان استيفاء المنافع][2] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [عقد الإجارة من العقود اللازمة، لا يجوز فسخه، إلا بعيب كالبيع][3] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [والإجارة عقد لازم من الطرفين، ليس لأحدهما فسخها، وإن بدا له قبل تقضي المدة فعلية الأجرة][4] اهـ

القول الثاني: أن عقد الإجارة عقد جائز لكلا الطرفين، المؤجر، والمستأجر، وهذا هو قول القاضي شريح[5] رحمه الله، واختار هذا القول من المتأخرين الإمام

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠١/٤، ينظر المبسوط للسرخسي ٢/١٦.

(٢) التلقين للقاضي عبد الوهاب ٣٩٩/٢، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٩١/٢، بداية المجتهد لابن رشد ١٥٠/٥، الذخيرة للقرافي ٤٣٤/٥، الزرقاني على خليل ٣/٧.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٣٩٢/٧، نهاية المحتاج للرملي ٣١٧/٥، مغني المحتاج للشربيني ٤٨١/٢.

(٤) المقنع لابن قدامة ٢١١/٣، كشاف القناع للبهوتي ٢٣/٤.

(٥) هو القاضي أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، وقيل: هو شريح بن عبد الله، وقيل: شريح بن شراحيل، وقيل: غير ذلك، مخضرم ثقة، قيل: له صحبة، وهو ممن أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم، انتقل إلى اليمن في زمن أبي بكر الصديق، ولي القضاء ٧٠ عاما، توفي رحمه الله سنة ٨٠ هـ ، وقيل غير ذلك. (أخبار القضاء لوكيع ١٩٨/٢، تقريب التهذيب لابن حجر ٣٤٩/١ سير أعلام النبلاء للذهبي ١٠٠/٤).

الشوكاني[١]، رحمه الله.[٢]

قال الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله: [وقال شريح: إنها غير لازمة، وتفسخ بلا عذر][٣] اهـ

وقال الإمام أبو عبدالله الشوكاني رحمه الله بعد ذكره لدليله على عدم لزوم عقد الإجارة: [وإذا لم يدل دليل على لزوم الاستمرار من الجهتين، جاز لكل واحد تركها متى شاء][٤] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (لازم للطرفين) استدل الجمهور رحمهم الله على أن الإجارة عقد لازم للطرفين بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، وهذا عام يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يقم دليل يخصصه.[٥]

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الإجارة تمليك للمنفعة فأشبهت البيع، والبيع عقد لازم للطرفين، فكذا الإجارة.

الوجه الثاني: أن الإجارة عقد معاوضة، عقدت مطلقة، فلا ينفرد أحد العاقدين فيها

---

(١) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، ولد بهجرة (شوكان) باليمن سنة ١١٧٢ هـ نشأ بصنعاء، كانت نشأته على العفاف، والطهارة، ولي قضاء صنعاء سنة ١٢٢٩ هـ، له جمع من المؤلفات، توفي رحمه الله سنة ١٢٥٠ هـ بصنعاء (التاج المكلل لصديق خان ٤٤٣، هدية العارفين للبغدادي ٢/٣٦٥).

(٢) المبسوط للسرخسي ١٥/٧٩، بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٠١، بداية المجتهد لابن رشد ٥/١٥٠، السيل الجرار للشوكاني ٣/٢١٠.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٠١.

(٤) السيل الجرار للشوكاني ٣/٢١٠.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٩٣.

بالفسخ، إلا عند العجز عن المضي في موجب العقد، من غير تحمل ضرر، كالبيع. (١)

دليل القول الثاني: (جائز للطرفين)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن الإجارة إباحة المنفعة، فأشبهت الإعارة، والإعارة جائزة فكذلك الإجارة(٢).

الوجه الثاني:أن جواز الإجارة للحاجة، ولا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم فيها .(٣)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو قول الجمهور من أهل العلم رحمهم الله؛وذلك لما يأتي:

أولا :صحة ما استدلوا به من دليل النقل، والعقل.

ثانيا :وأما قياس أصحاب القول الثاني للإجارة على الإعارة، فيجاب بأنه قياس مع الفارق، ووجه الفارق أن الإجارة مشتملة على العوض، فكانت كالبيع لازمة، بخلاف الإعارة التي هي خالية من العوض، و هي على سبيل الإحسان، فكانت كالهبة، والصدقة، فلم تلزم.

ثالثا :وأما ما ذكروا من أن الإجارة شرعت للحاجة، فيجاب عنه بأن الإجارة وإن كانت شرعت للحاجة فهي عقد معاوضة يوجب النظر من الجانبين، ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم .(٤)

أنواع الإجارة:

قسم الفقهاء رحمهم الله الإجارة من حيث المحل الذي تستوفى منه المنفعة إلى قسمين:

القسم الأول:ترد الإجارة فيه على منافع الأعيان، وذلك كإجارة الدار للسكنى، و الدابة للحمل، و السيارة للركوب، وهكذا السفن، والطائرات، ونحوها من وسائل النقل المعروفة في عصرنا الحاضر، فإن الإجارة فيها منصبة على منافع هذه الوسائل، وهي الركوب، والوصول إلى الأماكن، والمواضع المتفق عليها بين المتعاقدين.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٢٠١.

(٢)المصدر السابق.

(٣)المبسوط للسرخسي ١٥/ ٧٩.

(٤)المصدر السابق.

القسم الثاني: ترد الإجارة فيه على منافع الإنسان، وهي إجارة على العمل، كاستئجار شخص معين للقيام بعمل معين من خدمة، أو زراعة، ونحو ذلك، أو الاستئجار على معين كبناء الدار، أو خياطة الثوب، فما يسمى في الوقت الحاضر بعقود العمل، التي بموجبها يلتزم الإنسان بالعمل لدى شركة، أو مؤسسة، أو فرد، وهي التي تسمى بالقطاع الخاص، أو لدى الدوائر الحكومية التابعة للدولة، والتي تسمى القطاع العام، فجميعها يعتبر العقد فيها من قبيل الإجارة على العمل، فإذا حددت الإجارة في جميع ذلك بمدة، أو عمل، فإن العقد يكون فيها لازما للطرفين، و لا يحق لأحدهما الرجوع عنه بدون رضا الطرف الآخر.

وعليه فإن صفة لزوم العقد شاملة في الإجارة لقسميها إجارة المنافع، وإجارة الأعمال، ولا تختص بأحدهما دون الآخر، ولهذا نجد الجمهور رحمهم الله حينما نصوا فيما تقدم على لزوم عقد الإجارة لم يفرقوا بين قسم وآخر؛ لشمول الحكم للجميع .

المطلب الثالث

المزارعة

تعريف المزارعة:

في اللغة :مفاعلة من الزرع،وهو وضع الحب في الأرض،يقال:زرع الحب،يزرعه،زرعا، وزراعة، إذا بذره،ومكان الزرع،يقال له:المزدرع والمزرعة.[١]

وفي الاصطلاح:دفع الأرض إلى من يبذرها،ويعمل عليها،والثمر بينهما .[٢]

مشروعية المزارعة:

الأصل في جواز المزارعة السنة،والإجماع،والقياس .

أما السنة فحديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها،من زرع،أو ثمر).[٣]

وأما الإجماع فقد نقله الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله عن الصحابة رضي الله عنهم .[٤]

وأما القياس فإن الأرض عين تنمى بالعمل فيها،فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها؛كالأثمان في المضاربة،والنخل في المساقاة.[٥]

ونظرا لهذه الأدلة النقلية،والعقلية فقد ذهب الجمهور من العلماء رحمهم الله[٦] إلى مشروعية المزارعة،وجوازها، إلا أن الشافعية رحمهم الله يحكمون بجوازها بشرط أن تكون تابعة للمساقاة لا منفردة وحدها.[٧]

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ٥٠،لسان العرب لابن منظور ١٤١/٨،المصباح المنير للفيومي ٩٦.

(٢)المغني لابن قدامة ٥٥٥/٧،ينظر بقية التعاريف:بدائع الصنائع للكاساني ١٧٥/٦،حاشية الدسوقي ٣٧٢/٣،نهاية المحتاج للرملي ٢٤٧/٥.

(٣)رواه البخاري،كتاب الحرث،باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة،صحيح البخاري٦٨/٣.

(٤)المغني لابن قدامة٧/ ٥٦٠.

(٥)المصدر السابق.

(٦)ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله إلى عدم مشروعيتها.

(٧)بدائع الصنائع للكاساني ١٧٥/٦،حاشية الدسوقي٣٧٢/٣،الحاوي الكبير للماوردي٣٦٥/٧،المغني لابن قدمة٦٠/٧.

لزوم عقد المزارعة للطرفين:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في صفة عقد المزراعة من حيث لزومه، وعدمه على قولين:

القول الأول: أن عقد المزارعة من العقود اللازمة، وهو مذهب الحنفية،[1] والمالكية[2]، والشافعية،[3] وبعض الحنابلة،[4] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [أن هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر، لازم في جانب صاحبه] اهـ [5]

قال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [... أولها لازم كالإجارة] اهـ [6]

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [اعلم أن المساقاة من العقود اللازمة][7] اهـ وهذا على قولهم بأن المزارعة لا تكون إلا تبعاً للمساقاة - الحاوي ٣٦٦/٧

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وقال بعض أصحابنا: هو عقد لازم] اهـ [8]

القول الثاني: أن عقد المزارعة من العقود الجائزة، وهو مذهب الحنابلة[9]، رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي عند قول الإمام الموفق رحمه الله: (والمساقاة عقد جائز) رحمه الله: [وكذا حكم المزارعة، وهذا المذهب] اهـ [10]

الأدلة:

دليل القول الأول: (عقد المزارعة لازم) استدلوا بالنقل، والعقل.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٦، العناية شرح الهداية للبابرتي ٤٨٤/٩.

(٢) الذخيرة للقرافي ١٠٥/٦، حاشية الدسوقي ٣٧٢/٣.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٠/٧، نهاية المحتاج للرملي ٢٥٨/٥.

(٤) المغني لابن قدامة ٥٤٢/٧، الإنصاف للمرداوي ٤٧٢/٥.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٦.

(٦) الذخيرة للقرافي ١٠٥/٦.

(٧) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٠/٧، ٢٩/٥.

(٨) المغني لابن قدامة ٥٤٢/٧.

(٩) المغني لابن قدامة ٥٤٢/٧، كشاف القناع للبهوتي ٥٣٧/٣.

(١٠) الإنصاف للمرداوي ٤٧٢/٥.

أما دليلهم من النقل فقول الله تعالى:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: عموم هذه الآية الآمرة بالوفاء بالعقود، والأمر للوجوب، فتكون المزارعة لازمة لدخولها في هذا العموم، قال الشيخ عبدالرحمن السعدي[1] رحمه الله: [الصحيح أن المساقاة، والمزارعة عقدان لازمان؛ لدخولهما في الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود][2] اهـ

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن عقد المزارعة لازم كعقد البيع، والإجارة؛ بجامع كون كل منهما عقد معاوضة، وكسب.[3]

الوجه الثاني: أن القول بلزوم هذا العقد فيه مراعاة لمصلحة كل منهما، ومنع للضرر على أحدهما، وبيان ذلك أنه بعد الزرع يخسر صاحب الحب حبه، والعامل جهده وتعبه، وأما قبل الزرع فقد يكتفي أحدهما بهذا العقد فلا يبحث صاحب الأرض عمن يزرع، والعامل لا يلتزم لأحد غير صاحب الأرض، فإذا قرب الوقت الصالح للزراعة كان في ترك أحدهما للعقد ضرر على الآخر، فإن كان تارك العقد صاحب الأرض فالعامل لحقه الضرر لكون أصحاب الأراضي الأخرى قد التزموا مع من يقوم بزراعة أراضيهم، وإن كان تارك العقد العامل لحق صاحب الأرض الضرر؛ لعدم وجود من يزرع له غالبا، وقد يضطر إلى قبول من لا يتقن الزراعة، أو يقبل بمن يزرع له بأكثر من المعتاد، فإذا قيل بلزوم العقد انتفى ذلك الضرر.

دليل القول الثاني: (عقد المزارعة جائز) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال: (لما افتتحت خيبر سألت يهود رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم فيها، على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها

---

(١) هو الشيخ عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله آل سعدي التميمي، ولد في عنيزة بالقصيم سنة ١٣٠٧ هـ حفظ القرآن، وهو ابن أربع عشرة سنة، جلس للتدريس، فأقبل الناس على القراءة عليه، وتلقي العلوم عنه، ، توفي رحمه الله سنة ١٣٧٦هـ (المختارات الجلية ص ٣٠٥).

(٢) المختارات الجلية لابن سعدي ٨٨.

(٣) المصدر السابق.

من الثمر والزرع، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أقركم فيها على ذلك ما شئنا)[١] الحديث .

وجه الدلالة: أن المصطفى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج منها، ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم، فدل على أن المزارعة جائزة وليست بلازمة.[٢]

وأما دليلهم من العقل، فقالوا: إن المزارعة عقد على جزء من نماء المال، فكان عقدها جائزا كالمضاربة.[٣]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد المزارعة؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانيا: أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث ابن عمر رضي الله عنهما، فيجاب عنه: بأن المراد به عدم لزوم إقرارهم بعد انقضاء هذا العقد، وعدم الدخول معهم في عقد جديد.[٤]

ثالثا: أما استدلالهم بالعقل، فيجاب بأن هناك فرقا بين المضاربة، والمزارعة، فمن ذلك أن أرباح المضاربة منوطة بالأسواق، وهي غير منضبطة في مدة معينة، فكانت غايتها نضوض المال، بخلاف المزارعة فإن الغاية فيها محددة باستواء الثمر، أو الزرع فلا يختل مقصودها.[٥]

وبهذا يتبين رجحان القول بلزوم عقد المزارعة للطرفين.

وقت لزوم عقد المزارعة ومن تلزم:

تبين أن عقد المزارعة من العقود اللازمة، لكن القائلين بلزومها، اختلفوا في وقت لزوم هذا العقد، وهل هو لازم للطرفين، أو لأحدهما؟ والجواب: أن للعلماء رحمهم الله تفصيلا في

---

(١)متفق عليه وهذا لفظ مسلم، صحيح البخاري، كتاب الحرث، باب إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله، ٧١/٣، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ٢٧/٥.
(٢)المغني لابن قدامة ٥٤٢/٧.
(٣)المصدر السابق.
(٤)شرح مسلم للنووي ٢١١/١٠، الذخيرة للقرافي ١٠٥/٦.
(٥)الذخيرة للقرافي ١٠٦/٦.

هذه المسألة، وسأورد أقوالهم فيها، ثم أذكر القول الراجح بعد بيان الأحوال المختلفة لعقد المزارعة على النحو التالي:

الحالة الأولى: حكم لزوم عقد المزارعة قبل العمل، والبذر.

الحالة الثانية: حكم لزوم عقد المزارعة بعد العمل، وقبل البذر.

الحالة الثالثة: حكم لزوم عقد المزارعة بعد العمل، والبذر.

الحالة الأولى: حكم لزوم عقد المزارعة قبل العمل والبذر:

وفي هذه الحالة يتم الاتفاق بين الطرفين على عقد المزارعة وذلك باللفظ، وقبل أن يحصل العمل، فهل مجرد العقد بينهما موجب للحكم بلزوم المزارعة أم لا ؟ اختلف أهل العلم رحمهم الله في المسألة على قولين:

القول الأول: أن عقد المزارعة يلزم بمجرد التلفظ به من الطرفين معا، وهو أحد القولين في مذهب المالكية رحمهم الله.[1]

قال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [...واختلف بماذا تنعقد هل باللفظ، أو بالعمل قولان...] اهـ [2]

القول الثاني: أن عقد المزارعة يكون بمجرد التلفظ به لازما في جانب العامل، دون صاحب البذر، وهو مذهب الحنفية[3]، رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [أن هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر، لازم في جانب صاحبه] اهـ [4]

الأدلة:

دليل القول الأول: (العقد لازم للطرفين بمجرد التلفظ به) استدلوا بالعقل فقالوا: إن المزارعة مثل الإجارة، فكما أن الإجارة تلزم العاقدين بالعقد؛ فكذلك المزارعة.[5]

---

(١) الذخيرة للقرافي ١٠٥/٦، حاشية الدسوقي ٣٧٢/٣.

(٢) الذخيرة للقرافي ١٠٥/٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٦، العناية شرح الهداية للبابرتي ٤٨٤/٩.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٦.

(٥) حاشية الدسوقي ٣٧٦/٣.

دليل القول الثاني : (العقد لازم للعامل بمجرد التلفظ به)استدلوا بالعقل فقالوا :[بأن صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ملكه،وهو البذر،لأن البذر يهلك بالتراب،فلا يكون الشروع فيه ملزما في حقه،إذ الإنسان لا يجبر على إتلاف ملكه،ولا كذلك من ليس البذر من قبله].[1]

الحالة الثانية: حكم لزوم عقد المزارعة بعد العمل،وقبل البذر:

ذهب طائفة من المالكية رحمهم الله،إلى أن عقد المزارعة لا يلزم بمجرد التلفظ به،بل لابد أن ينضاف إليه عمل،وإن لم يبذر،كأن يحرث الأرض،أو يقوم بتسويتها،أو يجري الماء إليها.[2]

قال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله:[وقيل تنعقد،وتلزم بالشروع] اهـ[3]

مستدلين بقياسها على شركة العمل،فكما أن شركة العمل لا تلزم إلا بعد العمل،فكذلك المزارعة.[4]

الحالة الثالثة:حكم لزوم عقد المزارعة بعد العمل،والبذر:

فإذا تم التعاقد بين الطرفين،وبدأ العامل بالعمل،ببذر الحب في الأرض،فإن عقد المزارعة يكون لازما للطرفين معا،وهو مذهب الحنفية[5]والأرجح عند المالكية،[6]،رحمهم الله.

قال الشيخ محمد البابرتي الحنفي رحمه الله:[أما بعد إلقاء البذر في الأرض،فإنه لازم من الجانبين،ليس لأحدهما فسخه،إلا بعذر] اهـ[7]

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٨٢.

(٢)الذخيرة للقرافي٦/١٠٥،حاشية الدسوقي٣/٣٧٦.

(٣)الذخيرة للقرافي٦/١٠٥.

(٤)حاشية الدسوقي٣/٣٧٢.

(٥)العناية شرح الهداية للبابرتي٩/٤٨٤.

(٦)الذخيرة للقرافي٦/١٠٥،حاشية الدسوقي٣/٣٧٦.

(٧)العناية شرح الهداية للبابرتي٩/٤٨٤.

وقال الشيخ أحمد الدردير[1] المالكي رحمه الله: [لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر] اهـ [2] وقال رحمه الله: [وعقدها غير لازم قبل البذر، ونحوه، ولزمت بالبذر ونحوه] اهـ [3]

وقد استدلوا لذلك بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: عموم هذه الآية الآمرة بالوفاء بالعقود، والأمر للوجوب، فتكون المزارعة بعد العمل، والبذر لازمة؛ لدخولها في هذا العموم، قال الشيخ عبدالرحمن السعدي رحمه الله: [الصحيح أن المساقاة، والمزارعة عقدان لازمان؛ لدخولهما في الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود] [4] اهـ

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن في القول بلزوم هذا العقد بعد العمل، والبذر، مراعاة لمصلحة كل منهما، ومنعا للضرر على أحدهما، وبيان ذلك أنه بعد الزرع يخسر صاحب الحب حبه، والعامل جهده وتعبه، فإذا قيل بلزوم العقد انتفى ذلك الضرر.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، في جميع المسائل المتقدمة أن عقد المزارعة لازم، وعليه فإنه يكون لازما بمجرد التلفظ به، ولزومه متعلق بالطرفين معا؛ وذلك لما يأتي:

أولا: عموم الآية الدالة على الوفاء بالعقد، وقد ورد النص فيها بلزوم العقد بمجرد التلفظ، والمزارعة داخلة في هذا، فلا يتوقف الحكم بلزومه على العمل، وغيره.

ثانيا: أن الضرر قد يحصل بالعقد كما يحصل بالعمل، والبذر، فلو اتفق العاقدان على إبرام العقد، ثم لم يعمل العامل، ولم يبذر، وتأخر في ذلك مدة، وقرب وقت البذر، ثم قال العامل: إني قد فسخت العقد، فإن صاحب الأرض سيتضرر لا محالة؛ لأنه ليس من اليسير

---

(١) هو الشيخ أبو البركات أحمد بن محمد بن أبي حامد العدوي الشهير بالدردير، ولد في مصر سنة ١١٢٧هـ، عين شيخا على المالكية، ومفتيا، وناظرا على وقف الصعايدة، توفي رحمه الله سنة ١٢٠١هـ (عجائب الآثار للجبرتي ٢/ ٣٢، هدية العارفين للبغدادي ١/ ١٨١).

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٧٢.

(٣) الشرح الصغير للدردير ٢/ ١٧٨.

(٤) المختارات الجلية لابن سعدي ٨٨.

الحصول على عامل آخر، وإذا حصل على عامل، فقد يضطر إلى قبول شروط ليست في صالحه بسبب قرب وقت البذر .

ثالثا: أن لزوم المزارعة بالعقد لا يلزم منه فسخ العقد إذا تراضيا، فإن العاقدين إذا لم يترتب عليهما ضرر، فلن يترددا في فسخ العقد، بخلاف ما لو قلنا بجواز العقد .

وبهذا يظهر أن عقد المزارعة من العقود التي تلزم الطرفين رب الأرض، والعامل، وذلك بمجرد العقد وإن لم يحصل مع ذلك عمل، فإذا تم العقد بينهما لزم الطرفين، وليس لواحد منهما أن يفسخ العقد لا قبل العمل، و لا بعده، إلا أن يكون هناك تراض منهما على ذلك الفسخ .

المطلب الرابع

المساقاة

تعريف المساقاة:

في اللغة :مفاعلة من السقي،والاسم السقيا،وهو إشرابُ الشيءِ الماء،وما أشبهه،تقول:سقيته بيدي،أسقيه،سقيا،ومنه قولهم:استسقى الرجل،واستسقاه،إذا طلب منه السقي.(١)

وفي الاصطلاح:أن يدفع الرجل شجره إلى آخر،ليقوم بإشراب الشجر،وعمل سائر ما يحتاج إليه،بجزء معلوم له من ثمره.(٢)

مشروعية المساقاة:

الأصل في جواز المساقاة،السنة،والإجماع.

أما السنة فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: (أن رسول صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها،من ثمر،أو زرع).(٣)

وأما الإجماع فقد نقله الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله،فقال : [...وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم،واشتهر ذلك،فلم ينكره منكر،فكان إجماعاً] اهـ(٤)

لزوم عقد المساقاة للطرفين:

اختلف العلماء رحمهم الله في مسألة لزوم عقد المساقاة على قولين:

القول الأول:أن عقد المساقاة لازم للطرفين،صاحب النخل،والساقي،وهو مذهب

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٨٤/٣،لسان العرب لابن منظور ٣٩٠/١٤ المصباح المنير ١٠٧.

(٢)المغني لابن قدامة ٥٢٧/٧،ينظر بقية التعاريف:بدائع الصنائع للكاساني ١٨٥/٦،الكافي لابن عبد البر ٧٦٦/٢،مغني المحتاج للشربيني ٤٣٦/٢.

(٣)تقدم تخريجه ٢٠٨.

(٤)المغني لابن قدامة٥٢٧/٧.

الحنفية،[(١)] والمالكية،[(٢)] والشافعية،[(٣)] وقول بعض الحنابلة، واختيار وشيخ الإسلام ابن تيمية،[(٤)] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وعقد المعاملة،[(٥)] لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع؛ إلا من عذر][(٦)] اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [عقد المساقاة لازم، ليس لأحدهما تركه بعد عقده، إلا برضا الآخر][(٧)] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [اعلم أن المساقاة من العقود اللازمة][(٨)] اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وقيل هي عقد لازم قاله القاضي، واختاره الشيخ تقي الدين ...][(٩)] اهـ

القول الثاني: أن عقد المساقاة جائز للطرفين، وهو مذهب الحنابلة رحمهم الله.[(١٠)]

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [المساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه ...، ولكل واحد منهما فسخها][(١١)] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (المساقاة لازمة للطرفين) استدلوا بالنقل والعقل .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٨٧/٦، الاختيار للموصلي ٨١/٣.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٣٤/٢، بداية المجتهد لابن رشد ١٨٣/٥.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٠/٧، نهاية المحتاج للرملي ٢٥٨/٥.

(٤) الإنصاف للمرداوي ٤٧٢/٥، ينظر حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٢٨١/٥.

(٥) هي المساقاة فإنه رحمه الله قال في بداية كتاب المعاملة : [وقد يسمى كتاب المساقاة] بدائع الصنائع للكاساني ١٨٥/٦.

(٦) المصدر السابق ١٨٢/٦، ١٧٨.

(٧) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٣٤/٢.

(٨) الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٠/٧، ٢٩/٥.

(٩) الإنصاف للمرداوي ٤٧٢/٥.

(١٠) المغني لابن قدامة ٥٤٢/٧، كشاف القناع للبهوتي ٥٣٧/٣.

(١١) المقنع لابن قدامة ١٨٧/٢.

أمـا دليلـهم مـن النقـل فقولـه تعـالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة :أن الأمر بالوفاء بالعقود ورد عاماً وهو يدل على لزومها فيدخل في هذا العموم عقد المساقاة، قال الشيخ عبدالرحمن بن سعدي رحمه الله:[المساقاة، والمزارعة عقدان لازمان لدخولهما في الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود][(١)]اهـ

أما دليلهم من العقل فمن ثلاثة وجوه:

الوجه الأول:أن المساقاة إجارة في خدمة عين قائمة؛فكانت لازمة للطرفين كالإجارة. [(٢)]

الوجه الثاني:أن في لزوم المساقاة للطرفين مراعاة لمصلحة كل منهما، إذ لو تمكن العامل من فسخه قبل تمام العمل، لتضرر المالك بفوات الثمرة، أو بعضها، لكونه لا يستطيع القيام بالمساقاة بنفسه؛لعدم إحسانه ذلك، أو لعدم تفرغه، ولو تمكن المالك من فسخه، لتضرر العامل بفوات نصيبه من الثمرة؛لأن الغالب كونه أكثر من أجرة المثل .

الوجه الثالث :أن المقصود من المساقاة الكسب، والعوض، وليست من عقود التبرعات أو الوكالات، حتى يفسح لأحدهما في فسخها. [(٣)]

دليل القول الثاني:(المساقاة جائزة للطرفين)استدلوا بالنقل، والعقل .

أما دليلهم من النقل فحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال:(لما افتتحت خيبر، سألت يهود رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُقرَّهم فيها، على أن يعملوا على نصف ما خرج منها من الثمر، والزرع، فقال رسول الله صلى لله عليه وسلم:أقرُّكم فيها على ذلك ما شئنا ...)[(٤)]الحديث .

ووجه الدلالة :أن المساقاة لو كانت لازمة لما جازت بغير تقدير مدة، ولما جعل الخيرة إليه صلى الله عليه وسلم في مدة إقرارهم. [(٥)]

---

(١)المختارات الجلية لابن سعدي ٨٨.

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٣٤/٢، نهاية المحتاج للرملي ٢٥٨/٥، مغني المحتاج للشربيني ٤٤٦/٢.

(٣)المختارات الجلية لابن سعدي ٨٨.

(٤)تقدم تخريجه ص ٢١٠.

(٥)المغني لابن قدامة ٥٤٢/٧.

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن المساقاة عقد على جزء من نماء المال، فكان جائزاً كالمضاربة[1].

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد المساقاة للطرفين؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالنقل، فيجاب عنه: بأن المراد به أن للمسلمين إخراجهم بعد انقضاء المدة المسماة، وعدم الدخول معهم في مساقاة جديدة.[2]

قال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله: [ويكون المراد بيان أن المساقاة ليست بعقد دائم كالبيع، والنكاح، بل بعد انقضاء المدة تنقضي المساقاة، فإن شئنا عقدنا عقداً آخر، وإن شئنا أخرجناكم][3] اهـ

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل، فيجاب عنه: بالفرق بين المساقاة والمضاربة من وجهين:

الوجه الأول: أن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل، فكان في ترك لزومه، تفويت للعمل بغير بدل، ونماء المال في المضاربة متصل بالعمل، فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل، فلذلك انعقد لازمًا في المساقاة، وجائزاً في المضاربة.[4]

الوجه الثاني: أن أرباح المضاربة منوطة بالأسواق، وهي غير منضبطة في مدة معينة، فكانت غايته نضوض المال، وغاية المساقاة الجذاذ[5]، و ما تجدد من المدة يكون آخرها الجذاذ، فلا يختل مقصودها.[6]

---

(١)المصدر السابق.

(٢)شرح مسلم للنووي ٢١١/١٠، الذخيرة للقرافي ١٠٥/٦.

(٣)شرح مسلم للنووي ٢١١/١٠.

(٤)الحاوي الكبير للماوردوي ٣٦٠/٧.

(٥)هو مأخوذ من جذ الشيء جذاً إذا قطعه، المصباح المنير للفيومي٣٦.

(٦)الذخيرة للقرافي ١٠٦/٦.

لزوم عقد المساقاة للطرفين بالعقد:

جمهور العلماء رحمهم الله من الحنفية، والمالكية، والشافعية رحمهم الله على أن المساقاة تكون لازمة بمجرد العقد، ولا يفتقر لزومها إلى الشروع في العمل، أو بحوز المساقاة كما يقوله بعض المالكية رحمهم الله .

قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله عند بيانه لوقت لزوم عقد المساقاة :[وهنا صاحب النخل لا يحتاج في إيفاء العقد إلى إتلاف شئ من ماله، فيلزم العقد في الجانبين بنفسه][(١)] اهـ

وقال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله:[والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ، لا بالعمل ...][(٢)] اهـ

وقال شمس الدين الرملي[(٣)] الشافعي رحمه الله:[والمساقاة لازمة، أي عقدها لازم من الجانبين، كالإجارة قبل العمل، وبعده][(٤)] اهـ

وقال الشيخ محمد البناني المالكي رحمه الله في معرض بيانه للأقوال المختلفة في مذهب المالكية رحمهم الله في لزوم عقد المساقاة :[والثاني:الشروع] اهـ[(٥)]

واستدل الجمهور رحمهم الله على أن المساقاة لازمة بمجرد العقد بدليل بالقياس الصحيح حيث قالوا: إن المساقاة يكون العمل فيها على عين باقية بحالها فأشبهت الإجارة، والإجارة تلزم بالقول فكذلك المساقاة.[(٦)]

ومما يؤيد هذا القول أنه لو قيل: بعدم لزوم عقد المساقاة لربما ترك المساقي العمل في وقت يكون النخل فيه في أمس الحاجة إلى السقي؛ لأنه غير ملزم بتنفيذه، وفي هذا ضرر عظيم

---

(١)المبسوط للسرخسي ١٠١/٢٣.

(٢)بداية المجتهد لابن رشد ١٨٣/٥، بلغة السلك للصاوي٢٥٧/٢.

(٣)هو الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي المنوفي المصري، ولد بالقاهرة سنة ٩١٩هـ، ولي إفتاء الشافعية، ذهب جماعة من العلماء إلى أنه مجدد القرن العاشر، توفي رحمه الله سنة ١٠٠٤هـ (خلاصة الأثر للمحبي ٣٤٢/٣، ذيل وفيات الأعيان لابن القاضي٢٣٩/٢).

(٤)نهاية المحتاج للرملي ٢٥٨/٥

(٥)حاشية البناني على شرح الزرقاني٢٣٥/٦.

(٦)نهاية المحتاج للرملي ٢٥٨/٥.

على رب النخل، فقد لا يجد من يقوم بسقي نخله، ولربما تضرر في البحث عن البديل الذي يقوم بالسقي.

وبهذا يظهر أن عقد المساقاة من العقود التي تلزم الطرفين، وإن هذا اللزوم يكون بمجرد العقد، ولا يفتقر إلى الشروع في العمل، والسقي.

المطلب الخامس

الحوالة

تعريف الحوالة:

في اللغة :مأخوذة من قولهم حال،يحول، حولاً ،وهو يدل على تحرك في دور ،ومنه سمي العام حولاً؛وذلك أنه يحول،أي يدور ،ومنه كذلك قولهم:تحوَّل من مكانه إذا انتقل.(١)

وفي الاصطلاح:نقل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى. (٢)

فالحوالة تنقل الحق الذي في ذمة المحيل إلى ذمة أخرى،وهي ذمة المحال عليه .

مشروعية الحوالة:

الأصل في جوازها السنة ،والإجماع.

أما السنة فحديث أبي هريرة رضي الله عنه،أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(مَطْل الغني ظلم،وإذا أُتْبِع أحدكم على مليء فلْيَتْبَع).(٣)

وأما الإجماع:فقد أجمع أهل العلم رحمهم الله على جواز الحوالة في الجملة.(٤)

لزوم عقد الحوالة:

لا خلاف بين الأئمة الأربعة في أن الحوالة من العقود التي تلزم المحيل،والمحال،والمحال عليه(٥) ،وقد نسب الإمام الموفق ابن قدامة هذا القول لعامة أهل العلم رحمهم الله فقال رحمه الله :[فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت،برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء] اهـ(٦)

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٢١/٢ ،لسان العرب لابن منظور ١٩٠/١١ ،المصباح المنير للفيومي ٦٠.

(٢)الروض المربع للبهوتي ١٩٧/٢ ،ينظر بقية التعاريف:الاختيار للموصلي ٣/ ٣،المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢٢٧/٢ مغني المحتاج للشربيني ٢٦٣/٢.

(٣)متفق عليه،صحيح البخاري،كتاب الحوالات،باب إذا أحال على مليء فليس له رد،٥٥/٣،صحيح مسلم ،كتاب البيوع،باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة،٣٤/٥.

(٤)المغني لابن قدامة٥٦/٧.

(٥)الهداية للمرغيناني ٩٩/٣،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٤٩/٢،مغني المحتاج للشربيني٣٦٦/٢،الروض المربع للبهوتي ١٩٧/٢.

(٦)المغني لابن قدامة٥٦/٧.

وقال الشيخ زين العابدين بن نجيم الحنفي رحمه الله في أحكام العقود :[هي أقسام:لازم من الجانبين ...والحوالة إلا في مسألتين](1) اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[إذا أحالك غريمك بدينك الذي لك عليه على من له عليه دين لم يلزمك ذلك إلا برضاك، فإن رضيت باتباعه، تحول حقك، وبرأت ذمة غريمك المحيل، ولا اعتبار برضا من أحيل عليه، ولا رجوع لك على من أحالك ...](2) اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[القسم الرابع:وهو ما كان لازماً من جهة المتعاقدين معاً ...] اهـ وذكر الحوالة من هذا القسم.(3)

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله شارحاً قول المؤلف:"وإذا صحت نقل الحق إلى ذمة المحال عليه وبرئ المحيل ":[بمجرد الحوالة فلا يملك المحتال الرجوع إلى المحيل بحال، سواء أمكن استيفاء الحق، أو تعذر لمطل، أو فلس، أو موت، أو غيرها](4) اهـ

وبهذا يتضح أن عامة أهل العلم رحمهم يرون أن الحوالة عقد لازم للمحيل، والمحال.

شروط لزوم عقد الحوالة:

اشترط أهل العلم رحمهم الله للزوم عقد الحوالة شروطاً لابد من توفرها وهي فيما يلي:

الشرط الأول:الرضا :المراد بالرضا أن يقوم العاقد بتحويل الحق الذي عليه إلى ذمة أخرى عن اقتناع وطواعية منه، دون أن يكون هناك إجبار من الغير، فإذا صدر التحويل منه عن طوع كانت حوالة صادرة عن رضا، ولا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في اشتراط رضا المحيل في لزوم عقد الحوالة(5)؛ذلك لأن الحق عليه، فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه.(6)

---

(١)الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦، ولم يذكر المسألتين ولعلهما ما ذكره علماء الحنفية رحمهم الله وهما أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينه له عليه، أو يموت مفلساً، (الهداية للمرغيناني٩٩/٣).

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢٢٧/٢.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي ٢٩/٥.

(٤)الروض المربع للبهوتي ١٩٧/٢.

(٥)الهداية للمرغيناني ٩٩//٣، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٤٨/٢، مغني المحتاج للشربيني ٢٦٣/٢، المغني لابن قدامة ٦٠/٧.

(٦)المغني لابن قدامة ٦٠/٧.

قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله :[أن يحيل برضائه؛لأن الحق عليه،فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه،ولا خلاف في هذا] اهـ.[١]

وإذا كان رضا المحيل شرطاً في صحة الحوالة فهل يشترط لصحتها رضا المحال،والمحال عليه ؟ والجواب أن الحوالة لا تخلو من صورتين:

الصورة الأولى:أن تكون الحوالة على غير مليء،أو مليء مماطل،فهنا لا بد من رضا المحال؛لأن الحديث نص على أنه مليء يستطيع استيفاء حقه،وأما اشتراط كونه غير مماطل فلأن النبي صلى الله عليه وسلم حينما نص على كون المحال عليه ملياً فهمنا من ذلك أن المقصود منه أن يكون وصول المحال إلى حقه يسيراً،والمماطل بخلاف ذلك،فإذا كان غير مليء فإن مفهوم الحديث دال على عدم لزوم الحوالة.

الصورة الثانية:أن تكون الحوالة على مليء قادر على سداد الدين،وفي هذه الصورة اختلف أهل العلم رحمهم الله في اشتراط الرضا منهما على ثلاثة أقوال:

القول الأول:أنه لا يشترط رضاهما،وهو المذهب عند الحنابلة،[٢]رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله عند قول الإمام الموفق رحمه الله " و لا يعتبر رضى المحال عليه،ولا رضى المحتال،إذا كان المحال عليه ملياً ":[لا يعتبر رضى المحتال إذا كان المحال عليه ملياً،على الصحيح من المذهب] اهـ[٣]

القول الثاني:أنه يشترط رضاهما،وهو مذهب الحنفية،[٤]وقول للشافعية،[٥]رحمهم الله.

قال الإمام عبدالله الموصلي رحمه الله:[وتصح برضا المحيل،والمحال،والمحال عليه] اهـ[٦]

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله:[والثاني يشترط رضاه ـ أي المحال عليه ـ بناءً على أن الحوالة استيفاء] اهـ[٧]

---

(١)المغني لابن قدامة ٧/٦٠،ينظرفتح الباري لابن حجر ٤/٤٦٤.

(٢)المغني لابن قدامة٧/٦٣،الإنصاف للمرداوي ٥/٢٢٧.

(٣)الإنصاف للمرداوي ٥/٢٢٧.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٦،الهداية للمرغيناني ٣/٩٩.

(٥)مغني المحتاج للشربيني٢/٢٦٣.

(٦)الاختيار للموصلي٣/٤.

(٧)مغني المحتاج للشربيني٢/٢٦٣.

القول الثالث: أنه يشترط رضا المحال دون المحال عليه، وهو مذهب المالكية،[١] والشافعية[٢]، ورواية عند الحنابلة،[٣] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله في شروط الحوالة: [الأول: رضى المستحق للدين، والمستحق عليه، وهما المحيل، والمحال، أما المحال عليه، فلا يشترط رضاه لأنه محل التصرف] اهـ[٤]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [يشترط لها رضا المحيل والمحتال، لا المحال عليه في الأصح] اهـ[٥]

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وعنه - أي الإمام أحمد رحمه الله - يعتبر رضاه - أي المحتال] اهـ[٦]

الأدلة:

دليل القول الأول: (لا يشترط رضاهما) استدلوا بالنقل، والعقل

أما دليلهم من النقل فحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (مَطْلُ الغنيِ ظلم، ومن أُتْبِع على مليء فلْيَتْبَع) .[٧]

ووجه الدلالة: أن المصطفى عليه الصلاة والسلام أمر المحال إذا كان على ملئ أن يقبل ويتحول، والأمر يقتضي الوجوب، فدل على عدم اشتراط رضاهما.[٨]

أما دليلهم من العقل فقالوا: لأن المحيل له أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض، فلزم المحال القبول.[٩]

---

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٤٨/٢.
(٢) المهذب للشيرازي ٣٤٥/١.
(٣) الإنصاف للمرداوي ٢٢٧/٥.
(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٤٨/٢.
(٥) منهاج الطالبين للنووي ٢٦٣/٢.
(٦) الإنصاف للمرداوي ٢٢٧/٥.
(٧) تقدم تخريجه ص ٢٢٢.
(٨) ينظر فتح الباري لابن حجر ٤٦٥/٤، نيل الأوطار للشوكاني ٢٦٦/٥.
(٩) المغني لابن قدامة ٦٣/٧.

دليل القول الثاني:(يشترط رضاهما)استدلوا بالعقل فقالوا :أما المحال فلأن الدين حقه،وهو الذي ينتقل به،والذمم متفاوتة،فلا بد من رضاه،وأما المحتال عليه؛فلأنه يلزمه الدين،ولا لزوم بدون التزامه.(١)

دليل القول الثالث:(يشترط رضا المحال)استدلوا بالعقل فقالوا :إن المحال بالحوالة يترتب له حق،فيشترط رضاه كالمشتري.(٢)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بعدم اشتراط رضا كل من المحال والمحال عليه؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل،والعقل .

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني،فيجاب عنه بجوابين:

أحدهما:أنه قياس في مقابل النص.

ثانيهما:أن ما ذكروه في حق المحال،فإنه إنما يحال إلى ذمة مليء باذل،مساوية للذمة السابقة،وليست متفاوتة حتى يشترط رضاه،وما ذكروه في حق المحال عليه فإن الحق واجب عليه، وملتزم به أصلاً،سواء كان للمحيل أو المحال.

ثالثاً:أما استدلال أصحاب القول الثالث بالقياس على المشتري،فيجاب عنه بجوابين:

أحدهما:أنه قياس في مقابل النص.

ثانيهما:أننا لا نسلم صحة هذا القياس؛لأن الحوالة ليس فيها ضرر بالمحال إذا علم أنه لن يحال إلا على من هو مستطيع للسداد،بخلاف المشتري،فإنه لو لم يشترط رضاه لترتب على ذلك ضرر كبير.

رابعاً:مما يؤيد هذا القول أن المحال عليه قد يكون مماطلاً بالمحيل،لضعفه أمامه،أو لقرابته منه،فإذا أحال عليه المحال،فسوف يقوم بالوفاء لزوال مثل هذه الأسباب،ولو قيل باشتراط رضاه،فإنه لن يرضى إذا علم أن المحال ليس قريباً له،أو فيه قوة لا يستطيع معها المماطلة،وفي ذلك مصلحة لكل الأطراف،فالمحال عليه يجبر على وفاء حقوق الآخرين،والمحيل والمحال يحصلان على حقيهما .

---

(١)الهداية للمرغيناني٣/٩٩.

(٢)الذخيرة للقرافي٩/٢٤٣.

الشرط الثاني:أن يكون الحقان متماثلين:يعتبر لتماثل الدينين في الحوالة أمور هي:

الأول:الجنس:فيحيل من عليه نقد بنقد مثله كذهب بذهب،وفضة بفضة،ولا يصح أن يحيل من عليه ذهب على من عليه فضة،أو طعام؛لعدم تماثل الجنسين فيفضي إلى ربا النسيئة المحرم.[(١)]

الثاني:الصفة :بأن يتحد الحقان في كون صفتهما واحدة من حيث الجودة والصحة،فلا يكون أحدهما جيداً،والآخر رديئاً مما يؤدي إلى حصول الضرر بأحدهما لعدم التماثل.

الثالث:القدر:فيكون بين الحقين تماثل في القدر،فإن لم يكن بينهما تماثل في القدر بأن أحاله بخمسمائة ريال ليأخذ مقابلها الألف ريال التي له على المحال عليه،فهنا لم يتفق الحقان في القدر.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله:[ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة:كون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً،ووصفاً][(٢)] اهـ

الشرط الثالث:أن يكون الدين المحال عليه لازماً:الحوالة فيها تحويل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى،فإذا كان الدين غير مستقر في ذمة المحال عليه فهو عرضة لأن يسقط؛فلا فائدة من الحوالة،لأن ذلك الدين غير مستقر،والحوالة إنما وجدت حتى يستوفي المحال حقه من المحال عليه.

فإن كان الدين المحال عليه لازماً،مثل الثمن لما تم قبضه عن طريق عقد معاوضة فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في صحة الحوالة حينئذ.[(٣)]

هذه هي الشروط التي ينبغي توفرها للحكم بلزوم الحوالة للطرفين،و لا شك في أن هذه الشروط تحقق المصالح،وتدرأ المفاسد والشرور،فإذا نظرنا إلى الحوالة وما يترتب عليها أدركنا أنه لا بد من اعتبار هذه الشروط حتى يتحقق المقصود من شرعية الحوالة،فشرط الرضا من المحيل يحميه عما يمكن أن يكره عليه،فلو لم يكن ذلك شرطاً لترتب على ذلك حدوث الجور،والظلم،والتسلط على الآخرين بالإكراه على فعل ما لم يكن لهم رغبة

---

(١)ينظر ص ١٧١.

(٢)بداية المجتهد لابن رشد ٢٩٣/٥.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني ١٦/٦،بلغة السالك للصاوي ١٥٣/٢،الحاوي الكبير ٤١٩/٦،المغني لابن قدامة ٥٨/٧.

فيه، وشرط تماثل الحقين فيه حماية لحق المحيل، فإنه قد يوجد لديه ما يوفي به دينه وله في نفس الوقت دين على آخر أكثر مما عليه، فإن المحال قد يستغل هذه الفرصة بأن يقبل هذه الحوالة في مقابل أن يأخذ هذه الزيادة على حقه، وفي شرط التماثل قطع لمثل ذلك، وفي شرط أن يكون الحق لازماً حماية للمحال فقد يجهد نفسه في الحصول على حقه، فيتبين أن الحق الذي للمحيل قد سقط، فتضمنت هذه الشروط المصلحة لجميع أطراف الحوالة، فإذا تخلف منها شرط لم تكن حوالة صحيحة ومن ثم فلا تكون لازمة، أما إذا كانت الشروط مكتملة فإن الحوالة تكون لازمة لكل من المحيل، والمحال، فليس لأحدهما الفسخ من غير أن يكون هناك رضا من الطرف الآخر.

المطلب السادس

الصلح

تعريف الصلح:

في اللغة :مأخوذ من صلح ،يَصْلَح، صلاحاً ،وهو ضد الفساد ،ومعناه التوفيق،ويقال:أصلح الشيء بعد فساده، إذا أقامه، وصالحه، صلاحاً من باب قاتل،والصلح اسم منه،وهو التوفيق،ومنه قولهم:أصلح بين القوم، إذا وفق بينهم.(١)

وفي الاصطلاح:معاقدة يتوصل بها إلى قطع النزاع بين مختلفين.(٢)

مشروعية الصلح:

الأصل في جواز الصلح الكتاب،والسنة،والإجماع.

أما الكتاب:فقوله تعالى: ﴿ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء:١٢٨].

وأما السنة :فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الصلح جائز بين المسلمين). (٣)

وأما الإجماع:فقد أجمعت الأمة على جواز الصلح في الجملة. (٤)

أقسام الصلح:

عقد الصلح ينقسم إلى عدة أقسام ذكرها أهل العلم رحمهم الله،وهي:الصلح بين المسلمين وغيرهم،والصلح بين أهل العدل والبغي،والصلح بين الزوجين،والصلح بين

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس٣/٣٠٣،لسان العرب لابن منظور ٢/٥١٦،المصباح المنير للفيومي١٣٢.

(٢)الإقناع للحجاوي٢/١٩٢،ينظر بقية التعاريف:مجمع الأنهر لداماد أفندي ٢/٣٠٧،بلغة السالك للصاوي ٢/١٤٦،روضة الطالبين للنووي ٤/١٩٣.

(٣)رواه أبو داود ،كتاب الأقضية،باب في الصلح،سنن أبي داود ٣/٣٠٤،والترمذي،كتاب الأحكام،باب ما ذكر عن رسول صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس،عن عمرو بن عوف رضي الله عنه وزاد فيه (إلا صلحاً حرم حلالاً،أو أحل حراماً) وقال حديث حسن صحيح،سنن الترمذي٣/٦٣٤،وابن ماجة،كتاب الأحكام،باب في الصلح عن عمرو بن عوف بمثله،سنن ابن ماجة ٢/٧٨٨.

(٤)المغني لابن قدامة٧/٥.

المتخاصمين في غير المال، والصلح بين المتخاصمين في المال،[١] والقسم الذي هو مدار الحديث هنا هو الصلح على الأموال، فإن أهل العلم رحمهم الله قد بينوا عند حديثهم في كتاب الصلح أن مقصودهم به (الصلح في الأموال أو يقال المعاملة).[٢] وأما الأقسام الأخرى فلها أبواب تخصها، والصلح على المال ينقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الصلح على الإقرار: كأن يدعي إنسان على آخر بشيء، فيقر المدعى عليه بذلك، ويصطلحا فيما بينهما، وهذا لا خلاف بين أهل العلم في جوازه.[٣]

النوع الثاني: الصلح على الإنكار: وذلك بأن يدعي إنسان على آخر بشيء، فينكر المدعى عليه، ويصطلحا على دفع شيء ما يتفقان عليه لقطع الخصومة .

النوع الثالث: الصلح على السكوت: في النوعين السابقين يجيب المدعي عليه إما بالإنكار، أو الإقرار، أما في هذا النوع فإن المدعي عليه لا يجيب لا بإنكار، ولا بإقرار، بل يسكت، ثم يصطلح مع المدعي على بعض المدعى به .

وهذان النوعان الأخيران اختلف أهل العلم رحمهم الله في حكمهما على قولين:

القول الأول: أن الصلح على الإنكار، والسكوت جائز، وهو مذهب الحنفية[٤]، والمالكية،[٥] والحنابلة[٦]، رحمهم الله .

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع إقرار، وصلح مع سكوت، وهو أن لا يقر المدعى عليه، ولا ينكر، وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز][٧] اهـ

وقال الشيخ أحمد الدردير المالكي رحمه الله: [الصلح ثلاثة أقسام: عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٧، مغني المحتاج للشربيني ٢٤١/٢، كشاف القناع للبهوتي ٣٩١/٣.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤٠/٦، بلغة السالك للصاوي ١٤٦/٢، مغني المحتاج للشربيني ٢٤١/٢، المغني لابن قدامة ٥/٧.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤٠/٦.

(٥) بداية المجتهد لابن رشد ٢٨٢/٥.

(٦) كشاف القناع للبهوتي ٣٩١/٣، ٣٩٧.

(٧) الهداية للمرغيناني ١٩٢/٣.

إقرار، وسكوت، أو إنكار][1]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[الصلح في الأموال قسمان: أحدهما صلح على إقرار . . . ، القسم الثاني: أن يدعي عليه عيناً، أو ديناً فينكره، ثم يصالحه على مال، فيصح ..][2]اهـ

القول الثاني: أن الصلح على الإنكار، أو السكوت لا يصح، وهو مذهب الشافعية،[3] ورواية عند الحنابلة،[4] رحمهم الله .

قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى:[وإذا كان المدعى عليه ينكر فالصلح باطل] اهـ[5]

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ لا يصح الصلح على الإنكار][6]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(يصح الصلح على الإنكار، والسكوت)استدلوا بالنقل والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب، والسنة، أما الكتاب: فقوله تعالى:﴿ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء:١٢٨] .

ووجه الدلالة: أن الآية عامة فهي تشمل جميع أنواع الصلح، فيدخل في عمومها الصلح على الإنكار والسكوت ، والله تعالى وصف جنس الصلح بالخيرية، ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية، فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص، إلا ما خص بدليل. [7]

---

(١)حاشية الدسوقي٣٠٩/٣.

(٢)المقنع لابن قدامة ١٢٢/٢، ١٢٥.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي٣٦٩/٦.

(٤)الإنصاف للمرداوي٢٤٣/٥.

(٥)الأم للشافعي٢٢٦/٣.

(٦)الإنصاف للمرداوي ٢٤٣/٥.

(٧)بدائع الصنائع للكاساني ٤٠/٦.

وأما السنة :فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الصلح جائز بين المسلمين). (١)

ووجه الدلالة :عموم قوله صلى الله عليه وسلم الصلح ،فيشمل صلح الإقرار ،والإنكار والسكوت .

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:أن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة ،والمنازعة ،والحاجة إلى قطعها في صلح الإنكار أشد من الحاجة في غيره من أنواع الصلح الأخرى ،فكان أولى بالجواز. (٢)

الوجه الثاني:أن المدعي هنا يأخذ عوض حقه الثابت له ،والمدعي عليه يدفعه لدفع الشر عنه، وقطع الخصومة ،ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع. (٣)

دليل القول الثاني:(لا يصح الصلح على الإنكار أو السكوت)استدلوا بالنقل ،والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب ،والسنة ،أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة:١٨٨].

وجه الاستدلال:أن المولى سبحانه حرم أكل المال بالباطل ،والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل ،لأنه لم يثبت له حق يجوز له أن يعاوض عليه ،فيصير إعطاؤه المال بالصلح معيناً له على أكل المال بالباطل. (٤)

أما من السنة :فحديث عمرو بن عوف رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(الصلح جائز بين المسلمين ،إلا صلحاً أحل حراماً ،أو حرم حلالاً). (٥)

ووجه الدلالة :أن الصلح على الإنكار محرم للحلال ،ومحل للحرام ،لأنه يحل المعاوضة على غير حق ثابت ،وذلك حرام ،ويحرم على المدعي باقي حقه ،الذي هو حلال له. (٦)

---

(١)تقدم تخريجه ص ٢٢٩.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني ٤٠/٦.

(٣)الهداية للمرغيناني ١٩٢/٣ ،المغني لابن قدامة ٦/٧.

(٤)الحاوي الكبير للماوردي٣٦٩/٦.

(٥)تقدم تخريجه ص ٢٢٩.

(٦)الحاوي الكبير للماوردي٣٦٩/٦.

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:أن المدعي اعتاض عما لا يملكه،فصار كمن باع مال غيره،والمدعى عليه عاوض على ملكه،فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله.[١]

الوجه الثاني:أن هذا الصلح نوع معاوضة،لا يصح مع الجهالة[٢]،فوجب أن لا يصح مع الإنكار كالبيع.[٣]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بصحة الصلح على الإنكار والسكوت؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل،والعقل .

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بالآية،والحديث فيجاب عنهما من وجهين:

الوجه الأول:أن هذا التعليل الذي ذكروه يدخل في الصلح على الإقرار،فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبل الصلح،فإنهما قبل الصلح لا يحل لكل واحد منهما أن يأخذ ما في يد صاحبه؛لأنه يعتقد امتلاكه،فإذا أقر بالإدعاء،واصطلح معه على التنازل له عن شيء منه فقد حل له الشيء المتنازل عنه بعد أن كان محرماً،وإذا جاز في الإقرار،فكذلك في الإنكار .[٤]

الوجه الثاني:أن الصلح الفاسد معناه ما يتوصل به إلى أخذ الحرام،أو تناوله مع بقاء حرمته،كما لو صالحه بخمر،أو خنزير،أو استرقاق حر،ونحو ذلك،وليس ما نحن فيه كذلك؛لأنه صلح أشبه بالتنازل عن الحق فزالت الحرمة من هذا الوجه.[٥]

ثالثاً:أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه:بأنه لا يسلم بأن هذا النوع من الصلح معاوضة في حقهما،إنما هو معاوضة في حق أحدهما دون الآخر،فالمدعي يأخذ عوض حقه من المنكر،لعلمه بثبوت حقه عنده،فهو معاوضة عن حقه،والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع

---

(١)المهذب للشيرازي١/٣٤١.

(٢)وجه ذلك:أن الصلح مع السكوته أو الإنكار فيه جهل بحقيقة المدعى به،فيكون جهل في المعقود عليه.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي٦/٣٧٠.

(٤)المغني لابن قدامة ٦/٧.

(٥)المغني لابن قدامة ٦/٧،الهداية للمرغيناني٣/١٩٢.

الخصومة واليمين، و لكي يخلص من شر المدعي، فيكون إبراءً في جانبه، [1] وإذا ثبت هذا فلا يقاس على البيع؛لأنه معاوضة منهما.

رابعاً :أن أصحاب هذا القول، منعوا الصلح على الإنكار، وأجازوا لمن له حق يجحده غريمه، أن يأخذ من ماله بقدره، أو دونه، فيقال إذا حل له ذلك من غير اختياره، ولا علمه، فلأن يحل برضاه، وبذله أولى، وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم، فلأن يحل مع جحده، وعجزه عن الوصول إلى حقه بذلك أولى.[2]

خامساً :أننا لا نجعل ذلك على إطلاقه، بل لابد من أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق، والمدعى عليه يعتقد أنه لاحق للمدعي فيه، فيدفع إلى المدعي شيئاً افتداءً ليمينه، وقطعاً للخصومة، وصيانة لنفسه عن التبذل، وحضور مجلس الحاكم، فإن النفوس الشريفة يصعب عليها ذلك، ويرون دفع ضررها من أعظم مصالحهم، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها، ودفع الشر عنها ببذل أموالهم.[3]

لزوم عقد الصلح للطرفين:

إذا ثبت جواز الصلح، سواءً كان عن إقرار، أو سكوت، أو إنكار، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا اصطلح الخصوم فيما بينهم بما تزول به خصومتهم، ويرتفع به نزاعهم، فإنه لا يكون الصلح عقداً مستقلاً، بل ينصرف إلى عقود أخرى كما نص على ذلك أهل العلم رحمهم الله.[4]

فبينوا أن الصلح إن جرى على الحق المدعى به، وكان عيناً فهو هبة، وإن كان ديناً فهو إسقاط، وإبراء، أما إذا كان الصلح قد جرى على غير الشيء المدعى به، فإنه إذا وقع على عين بعين، فهو بيع، وإن كان عيناً بمنفعة فهو إجارة، وإن كان من النقدين فهو صرف، وإن كان ديناً بدين فلابد من القبض قبل التفرق؛لأنه بيع دين بدين.

من هذه النصوص ما قاله الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[فإذا وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات، إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع، وهو

---

(١)المغني لابن قدامة ٧/٧.

(٢)المصدر السابق ٧/٦.

(٣)المصدر السابق ٧/٧.

(٤)الهداية للمرغيناني ٣/١٩٤، بدائع الصنائع للكاساني ٦//٤٢.

مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما ... وإن وقع عن مال بمنافع، يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة، وهو تمليك المنافع بمال][1] اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [الصلح فيها - أي على الأموال - دائر بين خمسة أمور: البيع إن كانت المعاوضة على أعيان، والصرف إن كان أحد النقدين عن الآخر، والإجارة إن كانت على منافع، ودفع الخصومة، إن لم يتعين شيء من ذلك، والإحسان..][2] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [فإن صالح عن المال على مال، فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع ... وإن صالحه من دين على دين، وتفرقا قبل القبض لم يصح؛ لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض ... وإن صالح عن المال على منفعة، فهو إجارة يثبت فيه ما يثبت في الإجارة ...][3] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [فإن كان بأثمان عن أثمان فهو صرف، وإن كان بغير الأثمان فهو بيع، وإن كان بمنفعة كسكنى دار فهو إجارة ...، فإن صالح عما في الذمة لم يصح التفرق قبل القبض؛ لأنه بيع دين بدين ...][4] اهـ

وقال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وكذلك إن صالح على أقل من حقه قدراً، ووصفاً، أو وصفاً لا قدراً يجوز، ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه، وحطاً للباقي، وإبراء عنه أصلاً، ووصفاً][5] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وهو ضربان: معاوضة كالبيع فحكمه حكم البيع فيما يجوز ويمتنع، وإسقاط وإبراء] اهـ[6]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [صلح الحطيطة، وهو الجاري على بعض الدين المدعى، فهو إبراء عن بعض الدين ...] اهـ[7]

---

(١) الهداية للمرغيناني ١٩٢/٣.

(٢) الذخيرة للقرافي ٣٤٤/٥، بلغة السالك الصاوي ١٤٧/٢.

(٣) المهذب للشيرازي ٣٤٠/١، الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٧/٦، روضة الطالبين للنووي ١٩٣/٤.

(٤) المقنع لابن قدامة ١٢٤/٢، المغني لابن قدامة ١٢/٧، كشاف القناع للبهوتي ٣٦٥/٣.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٤٦/٦.

(٦) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٣٥/٢، مواهب الجليل للحطاب ٧٩/٥.

(٧) روضة الطالبين للنووي ١٩٥/٤.

وقال: [صلح الحطيطة، وهو الجاري على بعض العين المدعاة، كمن صالح من الدار المدعاة، على نصفها، أو ثلثها، أو من العبدين على أحدهما، فهذا هبة بعض المدعي لمن في يده] اهـ[١]

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي: [إذا أقر بدين، أو عين، فأسقط عنه من الدين بعضه، أو وهبه من العين البعض، وترك الباقي، أي لم يبرئ منه، ولم يهبه صح] اهـ[٢]

فاتضح من هذه النصوص، أن الصلح ليس عقداً مستقلاً، بل يكون بيعاً، أو إجارة، أو صرفاً حسب صورته المتفق عليها بين المتخاصمين.

فإن تضمن معاوضة المال بالمال كان بيعاً، وإن تضمن معاوضة المال بالمنفعة كان إجارة، وإن تضمن معاوضة الثمن بالثمن كان صرفاً، إلى غير ذلك من العقود المشتملة على المعاوضة، لكن المهم إنه إذا كان منتقلاً إلى البيع، أو السلم، أو الصرف، أو الإجارة، أو غيرها من العقود اللازمة حكمنا بلزومه، فإن كانت لازمة للطرفين كالبيع، والسلم، والصرف، والإجارة، حكمنا بلزومه لهما،[٣] وإن كان العقد الذي حكمنا بانتقاله إليه لازماً لأحد الطرفين كالهبة بعد قبضها حكمنا بلزومه على الطرف الملزَم به،[٤] ثم إننا نلزم الطرفين بموجب الصلح، وقد أشار إلى هذا بعض أهل العلم رحمهم الله حينما نصوا أن الصلح يقطع الخصومة، والنزاع، وأنه لا يكون كذلك إلا إذا كان لازماً في حق المتنازعين.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [أما الأصل فهو انقطاع الخصومة، والمنازعة بين المتداعين شرعاً، حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك، وهذا حكم لازم جنس الصلح] اهـ[٥]

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [والوضعية في الصلح لازمة، لا يجوز الرجوع فيها، لأن ذمة الغريم قد برئت منها] [٦]اهـ

---

(١) المصدر السابق ١٩٢/٤.

(٢) الروض المربع للبهوتي ١٩٨/٢.

(٣) تقدم أن هذه العقود لازمة للطرفين، ينظر ص ١٦٨.

(٤) سيأتي أن الهبة بعد القبض لازمة في جانب الواهب فقط، ينظر ص ٣٥٠.

(٥) بدائع الصنائع الكاساني ٥٣/٦.

(٦) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٣٨/٢.

وبهذا يتضح أن عقد الصلح يكتسب صفة بعض العقود التي هي لازمة للطرفين بمجرد العقد ، دون الحاجة إلى قبض، بل إذا تعاقدا واتفقا على الصلح كان ذلك العقد لازماً لهما، فليس لأحد الطرفين أن يترك الصلح الذي تم، و لو لم يكن عقد الصلح لازماً لكان في ذلك إهدار للجهد الذي بذله المصلح للتوصل إليه، ولذا ناسب أن يكون من العقود التي تلزم الطرفين جميعاً، حتى يكون في ذلك حفظ لجهد المصلح، فإن عقد الصلح من العقود التي لا يمكن التوصل إليها إلا بعد بذل لمزيد من الجهد، وإهدار لكثير من الوقت، وفي وصف عقد الصلح باللزوم دعم لدعاة الصلح، ورفع لهمهم في بذل ما في وسعهم لإصلاح ما يحدث من نزاع بين أفراد المجتمع المسلم، إضافة إلى أن المقصود الأعظم منه قطع النزاع، والشرور المترتبة عليه، وهذا بطبيعة الحال يستلزم أن يكون الاتفاق الواقع بين المتخاصمين ملزماً حتى تنقطع الخصومة، ويسلم الطرفان .

المطلب السابع

القسمة

تعريف القسمة:

في اللغة :مأخوذة من قسم الشيء يقسمه، قسماً، إذا جزّأه، يقال قسمت الشيء بين الشركاء، إذا أعطيت كل شريك قسمه، والقسم هو نصيب الإنسان من الشيء.(١)

وفي الاصطلاح:تمييز بعض الأنصباء عن بعض، وإفرازها عنها.(٢)

مشروعية القسمة:

الأصل في جواز القسمة، الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [النساء:٨].

وأما السنة فقد ثبت مشروعية القسمة من قوله صلى الله عليه وسلم(٣)،ومن فعله.(٤)

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة على جواز القسمة.(٥)

أنواع القسمة:

إذا اشترك أكثر من واحد في شيء ما، ثم أرادوا أن يقتسموا ما اشتركوا فيه، فلا تخلو القسمة من نوعين:

النوع الأول:قسمة الأعيان:وفيها يتفق الشركاء على قسمة العين المشترك فيها بحيث

---

(١)لسان العرب لابن منظور ٤٧٨/١٢، المصباح المنير للفيومي ١٩٢.

(٢)الإقناع للحجاوي٤١١/٤، ينظر بقية التعاريف:بدائع الصنائع للكاساني ١٧/٧، الشرح الصغير للدردير ٢٣٧/٢، مغني المحتاج للشربيني٥٢٨/٤.

(٣)رواه الإمام أحمد٣٢٠/٦، و أبو داود، كتاب الأقضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، سنن أبي داود٣٠١/٣.

(٤)رواه الإمام أحمد في المسند٤٢٠/٣، وأبو داود، كتاب الجهاد، باب في من أسهم له سهماً، سنن أبي داود٧٦/٣.

(٥)المغني لابن قدامة٩٧/١٤.

تكون قابلة للقسمة مع بقاء منافعها، وذلك مثل الدور الكبيرة، والبساتين ونحوها.[١]

النوع الثاني: قسمة المنافع (المهايأه)،[٢] وفي هذا النوع يتفق الشركاء على قسمة المنافع، فيستفيد كل شريك منهم من منفعة العين مثل استفادة شريكه، كأن ينتفع أحد الشركاء من سكن الدار شهراً، ومن بعده شريكه شهراً، وهكذا.[٣]

لزوم عقد قسمة الإجبار في الأعيان للطرفين:

إذا كانت القسمة للعين المشترك فيها عن طريق الإجبار، وذلك بطلب أحد الشركاء لها، ولم يترتب على وقوعها ضرر على بقية الشركاء، فإنها إذا وقعت حكم بلزومها لجميع الأطراف بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله.[٤]

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في أحكام القسمة: [ومنها اللزوم بعد تمامها في النوعين جميعاً حتى لا يحتمل الرجوع عنها إذا تمت، وإما قبل التمام فكذلك في أحد نوعي القسمة، وهو قسمة القضاء دون النوع الآخر، وهو قسمة الشركاء... ؛لأنه لو رجع أحدهم لأجبره القاضي على القسمة ثانياً، فلا يفيد رجوعه][٥] اهـ

وقال الشيخ أحمد الدردير المالكي رحمه الله في قسمة الإجبار: [ولزم ما خرج بها فليس لأحدهم نقضها][٦] اهـ

---

(١) هذا النوع من القسمة ذكر له أهل العلم رحمهم الله عدة أقسام: فالحنفية، والحنابلة قالوا: هي قسمان: إجبار وتراضي، والمالكية قالوا: هي قسمان: مراضاة، وقرعة، والشافعية قالوا: هي ثلاثة أقسام: أجزاء، وتعديل، ورد، بدائع الصنائع للكاساني٧/١٧، الشرح الكبير للدردير٣/٤٩٨، منهاج الطالبين للنووي٤/٥٣٢، كشاف القناع للبهوتي ٦/٣٧١.

(٢) مأخوذة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة يقال: هاء، يهوء، وتهايأ القوم تهايؤاً من الهيئة: جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، المصباح المنير للفيومي ٢٤٧، وأما في الاصطلاح فهي قسمة المنافع.

(٣) هذا النوع من القسمة يكون أيضاً عن إجبار، وعن تراضي، ويكون في الزمان، والمكان، ينظر تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده٩/٤٦٦، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٧٨٣، مغني المحتاج للشربيني٤/٥٣٨، كشاف القناع للبهوتي٦/٣٧١.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني٧/٢٨، بلغة السالك للصاوي٢/٢٤٣، الحاوي الكبير للماوردي١٦/٢٥٥، المغني لابن قدامة١٤/١١٢.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني٧/٢٨.

(٦) بلغة السالك للصاوي٢/٢٤٣.

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله في لزوم القسمة: [فإذا تقررت هذه الجملة لم يخل حال القاسم من أن يكون قد ندبه الحاكم للقسمة، أو قد تراضى به الشركاء، فإن ندبه الحاكم لها تمت القسمة بينهم بالقرعة، واستقر ملك كل واحد منهم على ما خرج له بها، ولا خيار له؛ لأن قسمته بأمر الحاكم حكم منه بها، فنفذ، ولم يقف على خيارهم][1] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [فإن قسمة الإجبار تلزم بإخراج القرعة؛ لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه، فيلزم بإخراجها؛ كلزوم حكم الحاكم][2] اهـ

فظهر من هذه النصوص أن القسمة التي تتم عن طريق الإجبار في عين مشتركة تكون لازمة لأطراف النزاع، وقد بين أهل العلم رحمهم الله النقول في سبب كونها لازمة للجميع؛ حيث علل الإمام الكاساني رحمه الله بأن رجوع أحد الأطراف مما لا فائدة فيه، لأنه مجبر على القسمة، ولذا فسيجبر عليها مرة أخرى، في حين أوضحت النقول الأخرى أن هذه القسمة تقاس على حكم الحاكم، فكما أن حكم الحاكم لازم فهكذا القسمة التي تكون عن إجبار، أما القسمة التي تكون عن غير إجبار، وسيأتي الحديث عنها إن شاء الله عند بيان العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق الطرفين.[3]

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٦/٢٥٥.

(٢) المغني لابن قدامة ١٤/١١٣.

(٣) ينظر ص ٣١٧.

المطلب الثامن

عقد النكاح

تعريف النكاح:

في اللغة :مأخوذ من نكح، ينكح، نكاحاً، يقال:نكح فلان امرأة، إذا تزوجها، وأصل النكاح في اللغة :الضم، والجمع يقال:تناكحت الأشجار إذا تمايلت، وانضم بعضها إلى بعض، ويكون ذلك الضم حسياً، ومعنوياً، فالحسي كما سبق، وأما المعنوي فقولهم :نكح النعاس عينه إذا غلب عليها.(١)

و في الاصطلاح:عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر.(٢)

مشروعية النكاح:

الأصل في جواز النكاح الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب:فقول الله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً ﴾ [النساء:٣].

أما السنة :فحديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال:قال لنا النبي صلى الله عليه وسلم:(يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء(٣)).(٤)

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع.(٥)

---

(١)تاج العروس للزبيدي٢/٢٤٣، لسان العرب لابن منظور، ٦٢٥/٢، القاموس المحيط للفيروز أبادي ٢٥٤/١.

(٢)ينظر التعاريف:شرح فتح القدير لابن الهمام ١٧٧/٣، بلغة السالك للصاوي١/٣٧٤، مغني المحتاج للشربيني ١٥٩/٣، الممتع شرح المقنع للتنوخي٥/٥، نيل الأوطار للشوكاني٦/١١٥.

(٣)الوجاء:أن تُرَضَّ أنثيا الفحل رضَّاً شديداً يذهب شهوة الجماع، وقيل:هو أن توجأ العروق، والخصيتان بحالهما. النهاية في غريب الحديث لابن الأثير٥/١٥٢.

(٤)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من استطاع..، ١١٧/٦، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب حدثنا يحي بن يحي، ١٢٨/٤.

(٥)المغني لابن قدامة٩/٣٤٠.

لزوم عقد النكاح للطرفين:

شرع المولى سبحانه وتعالى النكاح لمصالح جليلة، ومنافع عظيمة، إذ لا بقاء للجنس البشري إلا بوجوده، وبه يحصل اجتماع الرجل بالمرأة عن طريق شرعي، لقضاء الوطر، وحصول الولد، وغيره من المصالح الجليلة، وعقد النكاح من العقود الهامة فإن الرجل بموجبه يكون له حل الاستمتاع بالمرأة؛ ولذا ناسب أن يكون هذا العقد موصوفاً بكونه لازماً للطرفين، إذ لو قيل بجوازه وأن لكل منهما فسخ العقد متى ما رغب للزم من ذلك حصول الامتهان للمرأة، وتلاعب الرجال بأمر النكاح، ولترتب على ذلك اختلاط الأنساب والعبث بالأعراض، لكن لزوم العقد للطرفين يقضي على ذلك، فلا يحق لواحد منهما أن يفسخ العقد؛ إلا على الوجه الشرعي المعتبر.

وقد عظمت الشريعة عقد النكاح حتى جعلت جِدَّه جِداً، وهَزْلَه جداً، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ثلاث جِدُّهن جِدٌّ وهَزْلهن جِدٌّ: النكاح، والطلاق، والرجعة).[1]

فعقد النكاح بمجرد صدوره حتى في حال الهزل محكوم بلزومه، فمن باب أولى إذا كان في حال الجدّ، يقول الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله في لزومه: [وإذا انعقد العقد لزم].[2] فعقد النكاح يعتبر من العقود التي تلزم الطرفين، وقد أكدت الشريعة لزوم هذا العقد بإسقاط الخيار فيه.

ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١].

والنكاح داخل في هذا العموم، ولم يرد ما يدل على تخصيصه بالخيار لا في كتاب، ولا سنة، فبقي على حكم الأصل الموجب للزومه، وانعدام الخيار فيه.

قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله: [ومن ضرورة انعقاد النكاح صحيحاً اللزوم، فاشتراط الخيار فيه يكون شرطاً فاسداً، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، ولا تتوقف صحته، ولزومه على تمام الرضا، ألا ترى أن تمام الرضا إنما يكون بعد

---

(١) رواه الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، وقال حسن غريب سنن الترمذي ٣/٤٩٠، وأبو داود، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الهزل، سنن أبي داود ٢/٢٥٩، وابن ماجة، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً، سنن ابن ماجة ١/٦٥٨، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٦/٢٢٤.

(٢) المهذب للشيرازي ٢/٤٣.

الرؤية كما في البيع، ثم عدم الرؤية لا يمنع صحة النكاح، ولزومه، حتى لا يثبت فيه خيار الرؤية](١)اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [الفصل الرابع: في لزومه والخيار عندنا لا يشرع فيه ابتداءً بخلاف البيع؛ لأن حكمة الخيار استدراك المصلحة الفائتة حالة العقد، والنكاح إنما يقع بعد الفحص، والأصل في العقود اللزوم، ولأنه يفضي إلى بذلة المُخَدَّرات، وذوات الأعيان بين القبول، والرد، ولذلك أوجب الشرع لهن نصف الصداق قبل الدخول، جبراً لكسر الرد، وأبطل الأئمة شرط الخيار](٢)اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [لم يثبت فيه خيار المجلس، ولا خيار الشرط؛ لأن العادة في النكاح أنه يسأل عما يحتاج إليه قبل العقد، فلا حاجة فيه إلى الخيار بعده](٣)اهـ

أما الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي فإنه بين أنه لم يخالف أحد في أن النكاح لا يثبت فيه خيار المجلس، و الشرط فقال رحمه الله: [ولا يثبت في النكاح خيار، وسواء في ذلك خيار المجلس، وخيار الشرط، ولا نعلم أحداً خالف في هذا؛ وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو، وفكر، ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه، والمعرفة بحاله ...، ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية، ولا صفة ... ولأن ثبوت الخيار فيه يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة، فإن في فسخه بعد العقد ضرر بالمرأة، ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق](٤) اهـ

وبهذا يظهر أن عقد النكاح من العقود التي تلزم الطرفين معاً، فإذا تلفظ الولي بالإيجاب، والزوج بالقبول لزم كلاً منهما العقد، فلا يمكن فسخه، بل لا مجال للخيار فيه.

---

(١) المبسوط للسرخسي ٩٥/٥.

(٢) الذخيرة للقرافي ٤٠٢/٤، ينظر حاشية الدسوقي ٢٢١/٢.

(٣) المهذب للشيرازي ٤٣/٢، ينظر إلى الحاوي الكبير للماوردي ٢٩/٥، المنثور في القواعد للزركشي ٤٧/٣.

(٤) المغني لابن قدامة ٤٦٤/٩، ٤٩/٦.

المطلب التاسع

الخلع والطلاق بعوض

تعريف الخلع:

في اللغة: مأخوذ من خلع، يخلع، خلعاً، إذا نزع الشيء، يقال: خلع الثوب، أو النعل، إذا نزعه، ومنه سمي خلع الرجل لزوجته؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا تخالعا فكأن كل واحد منهما نزع لباسه.(١)

وفي الاصطلاح: فراق امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة.(٢)

مشروعية الخلع:

الأصل في جواز وقوع الخلع الكتاب، السنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة:٢٢٩]

وأما السنة: فحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس رضي الله عنهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ما أنقم على ثابت في دين، ولا خلق، إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (فتردين عليه حديقته؟) قالت: نعم. فردَّتها عليه، وأمره ففارقها.(٣)

أما الإجماع فقد نقل الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله إجماع أهل العلم رحمهم الله على مشروعيته، وجوازه.(٤)

لزوم عقد الخلع للطرفين:

لما كان العوض في عقد الخلع معتبراً للحكم بصحته فقد ألحق عقده بعقود

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس٢/٢٠٩، المصباح المنير للفيومي٦٨.

(٢)الإقناع للحجاوي٣/٢٥٢، ينظر بقية التعاريف: الاختيار للموصلي٣/١٥٦، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/١٣٧، المهذب للشيرازي٢/٧٢.

(٣)رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، صحيح البخاري٦/١٧٠.

(٤)المغني لابن قدامة ١٠/٢٦٨، حاشية ابن قاسم على الروض٦/٤٥٦.

المعاوضات،[١] وعقود المعاوضات الأصل فيها أن تكون لازمة للجانبين، ولذا فإن عقد الخلع إذا تم بأن عرضت الزوجة على زوجها العوض، فأجابها الزوج إلى طلبها فخالعها على ذلك العوض فقد لزم الزوجة أن تسلمه إياه، ولزم الزوج إذا استلم العوض أن يخالعها، ويدل على لزوم الخلع للجانبين ما يأتي:

أولاً: أن العلماء رحمهم الله اختلفوا في حقيقة الخلع؟ هل هو فسخ، أو طلاق؟ وعلى كلا القولين فإن الخلع إن كان فسخاً فلا يحق للزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد، وإن كان الخلع طلاقاً فإنه طلاق بائن لا رجعة للزوج فيه على زوجته.

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله: [وهو أن تفتدي المرأة نفسها بمال ليخلعها به، فإذا فعلا لزمها المال، ووقعت تطليقه بائنة][٢] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله في أثر الخلع: [وهو الطلاق فتقع طلقة بائنة][٣] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [فإذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقي من عدد الطلاق، ولا يملك رجعتها في العدة ..][٤] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [هو طلاق بائن بكل حال، ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق، ولو واجهها به، وإن شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين..][٥] اهـ

والسبب في ذلك أن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها، وفي ثبوت الرجعة عليها تبقية للضرر.[٦]

ثانياً: تصريح بعض أهل العلم رحمهم الله بأن العوض يكون في ذمة الزوجة، جار في ذلك مجرى البيع، وأنه يملك بالعقد .

---

(١) مغني المحتاج للشربيني ٣/٣٤٣، كشاف القناع للبهوتي ٥/٢١٣.

(٢) الاختيار للموصلي ٣/١٥٦.

(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/١٢٧.

(٤) المهذب للشيرازي ٢/٧٥.

(٥) المقنع لابن قدامة ٣/١١٨.

(٦) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٨٧١.

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [وإن خالعها خلعاً منجزاً على عوض ملك العوض بالعقد][1]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وهو يجرى في ثبوت العوض في الذمة مجرى البياعات][2]اهـ

ثالثاً: أن الخلع إن كان طلاقاً، فالطلاق فيه متوقف على قبول المال، فيكون في هذه الحالة معاوضة لكنها معلقة، وإن كان فسخاً فالخلع معاوضة من الجانبين.[3]

رابعاً: قياس البيع في لزومه، بدون خيار مجلس، عند من يقول بذلك، على لزوم النكاح، والخلع، فقد أورد الإمام الموفق رحمه الله دليلاً لمن قال بعدم خيار المجلس فقال رحمه الله: [ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده، كالنكاح، والخلع ..] [4] اهـ

ثم إنه رحمه الله رد على هذا الاستدلال، لكنه لم يذكر بأن النكاح، أو الخلع غير لازم بمجرد العقد، بل إنه ذكر عدم حاجة عقد النكاح لخيار المجلس لعدة أمور، ثم بينها.[5]

خامساً: ينبني على أن الزوج لا يحق له أن يراجع زوجته في عدتها من الخلع أن للزوج أن يتزوج خامسة غيرها في عدتها، كما أنه يحل أن يتزوج عمتها، أو خالتها، أو أختها في عدتها، وقد صرح بذلك الإمام أبو عمر بن عبد البر رحمه الله حيث يقول: [وجائز لمن طلق طلاقاً بائناً، أو طلاق خلع، أن يتزوج خامسة سواها في عدتها، ويتزوج أختها، وعمتها، وخالتها إن شاء في عدتها؛ لأن حكمها حكم الأجنبيات، لا ترثه، ولا يرثها، ولا يلزمها طلاقه، ولا ظهاره][6]اهـ

بقي أن يشار إلى أن الطلاق بعوض هو كالخلع في لزومه لهما إذا وقع، فالطلقة فيه بائنة، لا رجعة فيها، والعوض يكون ملكاً للزوج إذا طلق، وقد صرح بعض أهل العلم بذلك:

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٧٤.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/١٣٩.

(٣) مغني المحتاج للشربيني ٣/٣٤٣.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٩.

(٥) المصدر السابق.

(٦) الكافي لابن عبد البر ٢/٥٩٣.

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله: [وكذلك إن طلقها على مال فقبلت، وقع الطلاق بائناً، ويلزمها المال بالتزامها][1] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [وإن قالت له: اخلعني بألف، أو على ألف، أو طلقني بألف، أو على ألف، ففعل بانت، واستحق الألف ..][2] اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله: [وطلاق معين، أو منجز بعوض، كخلع في الإبانة][3] اهـ

مما سبق يتضح أن الخلع، والطلاق بعوض، من العقود اللازمة للطرفين، وهما هنا الزوج، وزوجته، فيلزم الزوج بالخلع، والطلاق، وتلزم الزوجة بتسليم العوض، فإذا تم بينهما الخلع، والطلاق بعوض وقعت الفرقة بين الزوجين، ولا مجال للرجوع إلا بعقد، ومهر جديدين، فهذان العقدان يوصفان بأنهما لازمان في جانب الطرفين معاً.

---

(١)الاختيار للموصلي ١٥٧/٣.

(٢)المقنع لابن قدامة ١٢٤/٣.

(٣)الإقناع للحجاوي٢٥٩/٣.

المطلب العاشر

الهدنة

تعريف الهدنة:

في اللغة :اسم من هدن، يهدن، هدونا ،وهي تدل على السكون والاستقامة ،كما يقال للرجل الخامل لا حراك فيه :الهدان.[١]

وفي الاصطلاح:أن يعقد لأهل الحرب عقداً على ترك القتال مدة .[٢]

مشروعية الهدنة:

الأصل في جواز الهدنة الكتاب، والسنة.

أما الكتاب:فقوله تعالى: ﴿ وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا ﴾ [الأنفال:٦١] .

وأما السنة :فقد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه هادن اليهود في المدينة[٣]، وقريشاً في الحديبية.[٤]

لزوم عقد الهدنة للطرفين:

قد يرى إمام المسلمين المصلحة في عدم قتال الكفار، إما لقوة الكفار، وإما أن يكون بالمسلمين ضعف، فيصطلح معهم مدة زمنية على ترك القتال، فإذا صالحهم على ذلك، فهو عقد مع الغير، وهذا العقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في صفته من حيث اللزوم على قولين:

القول الأول:أن عقد الهدنة عقد لازم للطرفين وهو مذهب المالكية،[٥] والشافعية،[٦] والحنابلة،[٧] رحمهم الله .

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس٦/٤١، لسان العرب لابن منظور١٣/٤٣٤، المصباح المنير للفيومي٢٤٣.

(٢)المغني لابن قدامة ١٣/١٥٤، ينظر بقية التعاريف:بدائع الصنائع للكاساني٧/١٠٨، حاشية الدسوقي٢/٢٠٦.الحاوي الكبير للماوردي١٤/٣٥٠.

(٣)صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب حديث بني النضير، صحيح البخاري٥/٢٢.

(٤)صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب الصلح مع المشركين، صحيح البخاري٣/١٦٨.

(٥)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس١/٤٩٨، الذخيرة للقرافي ٣/٤٤٩.

(٦)الحاوي الكبير للماوردي١٤/٣٦٩، نهاية المحتاج للرملي ٨/١٠٩.

(٧)المغني لابن قدامة ١٣/١٥٧، كشاف القناع للبهوتي٣/١١١.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[ثم يجب الوفاء بالمشروط إلى آخر المدة، إلا أن يستشعروا خيانة، فله أن ينبذ العهد إليهم، وينذرهم][١] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[إذا اجتهد الإمام في الهدنة حتى عقدها، ثم مات، أو خلع لزم من بعده من الأئمة إمضاؤها إلى انقضاء مدتها، ولم يكن له فسخها، وإن استغنى المسلمون عنها][٢] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وإن عقد الإمام الهدنة، ثم مات، أو عزل، لم ينتقض عهده، وعلى من بعده الوفاء به، لأن الإمام عقده باجتهاده، فلم يجز للحاكم نقض أحكام من قبله باجتهاده، وإذا عقد الهدنة لزمه الوفاء بها][٣] اهـ

القول الثاني:أن عقد الهدنة جائز للطرفين، وهو مذهب الحنفية[٤] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما صفة عقد الموادعة فهو أنه عقد غير لازم، ومحتمل للنقض ..][٥] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(الهدنة عقد لازم)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل:فقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١].

وجه الدلالة في قوله تعالى: ﴿ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١]،فإنه أمر عام بالوفاء بالعقود، والهدنة داخلة في هذا العموم، فتكون لازمة للطرفين، ويجب عليهما الوفاء بها.

وقوله تعالى: ﴿ فَأَتِمُّوٓاْ إِلَيۡهِمۡ عَهۡدَهُمۡ إِلَىٰ مُدَّتِهِمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ [التوبة:٤].

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس١/٤٩٨.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي١٤/٣٦٩.

(٣)المغني لابن قدامة ١٣/١٥٧.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٠٩، الاختيار للموصلي٤/١٢١.

(٥)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٠٩.

وجه الدلالة :أن المولى سبحانه أمر المؤمنين بإتمام العهد ، الذي بينهم ، وبين الذين عاهدوهم ، حتى تنتهي المدة ، وهذا الأمر يدل على وجوب الوفاء ، ولزومه على المسلمين.

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:أن في القول بعدم لزوم عقد الهدنة ضرراً بالمسلمين ذلك أن الإمام إذا لم يف بالهدنة لم يسكن إلى عقده ، وقد يحتاج إلى عقدها فلا يقبل منه ، فيكون الضرر عاماً بالمسلمين ، خاصة عند حاجتهم إليها.

الوجه الثاني:أن القول بعدم لزوم عقد الهدنة ، يؤدى إلى أن الاجتهاد ينقض بالاجتهاد ، وعقد الهدنة كالأحكام لا تنقض بالاجتهاد ، فإن الحاكم إذا عقدها يكون مجتهداً فيما يرى أنه مصلحة للمسلمين ، ولو قيل بعدم لزوم عقده لجاز فسخه فكان نقضاً للاجتهاد بالاجتهاد.(١)

دليل القول الثاني:(الهدنة عقد جائز)استدلوا بالنقل ، والعقل.

أما دليلهم من النقل:فقوله تعالى: ﴿ وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ ﴾ [الأنفال:٥٨].

ووجه الدلالة :أن المولى أجاز نبذ عهدهم إليهم فدل على أنه عقد جائز ، ولو كان لازماً ، لما أجاز نبذ العهد الذي تم معهم .

وأما دليلهم من العقل فقالوا :إن الهدنة إنما شرعت للمصلحة ، فإذا تبدلت المصلحة كان النبذ جهاداً وتركه ترك للجهاد ، فحينما تكون المصلحة في نبذ الهدنة ، فإن ذلك النبذ في حقيقته جهاد للكفار ، فإن قلنا لا تفسخ ترتب عليه أن يترك الجهاد بسبب عدم النبذ إليهم في انتهاء عقدهم.(٢)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري ، والعلم عند الله هو القول بلزوم عقد الهدنة من الجانبين؛وذلك لما يأتي:

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ١٤/٣٦٩ ، المغني لابن قدامة ١٣/١٥٧ ، شرح الكوكب المنير لابن النجار٤/٥٠٣ ، كشاف القناع للبهوتي٣/١١١.

(٢)الاختيار للموصلي٤/١٢١.

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول .

ثانياً :أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من النقل فيجاب عنه :بأن نبذ العهد إلى المعاهدين بظهور الأمارات التي تدل على أنهم سيغدرون بالمسلم، فيجب على الإمام أن يحتاط للمسلمين بأن ينبذ إليهم بانتهاء عهدهم، وهذا لا يناقض اللزوم، و لا يدل على جواز العقد؛لأن هذا بمثابة الاستثناء للحاجة، والضرورة.

ثالثاً :أما استدلالهم بالعقل، فيقال:إن المصلحة وإن ظهرت في نقض العهد، إلا أن هناك مصالحَ كثيرةٍ مترتبةً على الوفاء بالعهد في الدارين الأولى والأخرى، ففي الأخرى حصول الثواب بامتثال أمر الله عز وجل بالوفاء بالعقد، وفي الأولى أن أهل الكفر يركنون إلى عهد المسلمين لوفائهم بالعقود، لاسيما إذا احتاج المسلمون إليه عند ضعفهم، فقد تتخلف المصلحة في وقت فلا يحتاج للهدنة، وتتحقق في وقت آخر فتكون حاجة المسلمين فيه إلى الهدنة شديدة .

رابعاً :أن في القول بلزوم عقد الهدنة جمعاً بين الأدلة الموجبة للوفاء بالعقود، والأدلة الآمرة بالعهود، فيكون أرجح من القول بجواز عقد الهدنة الذي يتضمن العمل ببعض الأدلة، وترك البعض الآخر، والعمل بالدليلين، والجمع بينها أولى من العمل بأحدهما، وترك الآخر.[1]

وبهذا يظهر أن عقد الهدنة من العقود اللازمة لا الجائزة، وأنها لازمة للطرفين من المسلمين، والكفار، وفي لزوم عقد الهدنة مصالح، وحكم تعود على جماعة المسلمين بالخير؛لأن الهدنة لا يلجأ إليها المسلمون إلا إذا كانوا في حاجة ماسة للصلح والموادعة، وقد حافظ رسول الله صلى الله عليه وسلم على الصلح مع قريش، والتزم بالبنود التي وردت فيه، والتي منها عدم إيواء من أسلم منهم[2]، كل ذلك ليعطي صلى الله عليه وسلم صورة ناصعة عن مدى التزام المسلمين بالعهد، والعقد.

---

(١)روضة الناظر لابن قدامة٢/٤٥٧، مذكرة أصول الفقه للشنقيطي٣١٧.

(٢)السيرة النبوية لابن هشام٣/٢٠٧.

المطلب الحادي عشر

العتق بعوض

تعريف العتق بعوض:

في اللغة: مأخوذ من عتق العبد، يعتق، عتقاً، بكسر العين، وفتحها إذا صار حراً، والعتق ضد الرق، ومنه سمي المسجد الحرام بالبيت العتيق؛لأن الله أعتقه من الجبابرة فلم يَظْهر عليه جبار قط.[(١)]

و في الاصطلاح:تحرير الرقبة، وتخليصها من الرق بمال يدفعه العبد لسيده.[(٢)]

مشروعية العتق:

الأصل في جواز العتق عموماً الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب:فقوله تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المجادلة:٣].

وأما السنة:فحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(من أعتق رقبة مسلمة، أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار..)الحديث.[(٣)]

وأما الإجماع:فقد أجمعت الأمة على صحة العتق، وحصول القربة به.[(٤)]

وأما مشروعية العتق بعوض فالذي يدل عليها ما سيأتي من مشروعية المكاتبة.[(٥)]

لزوم عقد العتق بعوض للطرفين:

العتق بغير عوض هو فسخ، وإسقاط لملكية الرقبة المعتقة قال الإمام الكمال ابن الهمام رحمه الله:[اشترك كل من الطلاق، والإعتاق في أنه إسقاط، إلا أنه إسقاط ملك

---

(١)لسان العرب لابن منظور١٠/٢٣٤، المصباح المنير للفيومي١٤٨، وينظر تعريف العوض ص٤٤ من هذا البحث.

(٢)المغني لابن قدامة ١٤/٣٤٤، الاختيار للموصلي٤/١٦، مغني المحتاج للشربيني٤/٦٢٢.

(٣)رواه البخاري، كتاب الكفارات، باب قول الله تعالى:(أو تحرير رقبة)، صحيح البخاري٧/٢٣٧، ومسم، كتاب العتق، باب فضل العتق، صحيح مسلم٤/٢١٧.

(٤)المغني لابن قدامة١٤/٣٤٤.

(٥)ينظر ص٢٥٥.

الرقبة، والطلاق إسقاط ملك منافع البضع](1)اهـ

وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله ما يدل على أن العتق إذا صدر مستوفيًا شروطه كان لازماً، ونقل الإمام ابن المنذر رحمه الله الإجماع على أن الرجل إذا أعتق عبداً له في صحته، وهو موسر، فعتقه ماض عليه،(2) وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [ومن أعتق عبده، وهو صحيح جائز التصرف، صح عتقه بإجماع أهل العلم] اهـ(3)

أما إذا كان العتق معلقاً على عوض، يدفعه العبد لسيده، فإنه يكون لازماً عند قبول العبد لعقده.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق، وذلك مثل أن يقول: أنت حر على ألف درهم، أو بألف درهم، وإنما يعتق بقبوله؛ لأنه معاوضة المال بغير المال، إذ العبد لا يملك نفسه، ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع، فإذا قبل صار حراً، وما شرط دين عليه ..](4)اهـ

وقال الإمام أبو عمر ابن عبدالبر المالكي رحمه الله: [واتفقا على أن من قال لعبده: أنت حر إن جئتني بكذا من المال، أنه لا يعتق إلا أن يجيء بالمال، وهذا عندهما جميعاً في معنى الكتابة، وليس له بيعه..](5) اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ولو قال: أعتقتك على كذا، فقبل في الحال، أو قال العبد: اعتقني على كذا، فأجابه، عتق وعليه ما التزم](6)اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله في أقسام تعليق العتق: [أحدها: تعليق على صفة محضة، كقوله: إن أديت إليّ ألفاً، فأنت حر، فهذه صفة لازمة، لا سبيل إلى إبطالها؛ لأنه ألزم نفسه، فلم يملك إبطالها. ولو اتفق السيد، والعبد على إبطالها، لم تبطل؛ لذلك](7)اهـ

---

(1) شرح فتح القدير لابن الهمام ٤/٣٨٩.

(2) الإجماع لابن المنذر ١٥٤.

(3) المغني لابن قدامة ١٤/٣٦٢، الاختيار للموصلي ٤/٢٣، التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٥١٤، المهذب للشيرازي ٢/٥.

(4) الهداية للمرغيناني ٢/٦٥.

(5) الكافي لابن عبدالبر ٢/٩٧٠.

(6) روضة الطالبين للنووي ١٢/١٠٩.

(7) المغني لابن قدامة ١٤/٤٠٢.

فالعتق المعلق على عوض لازم للطرفين،وهما السيد،والعبد،فأما لزومه للسيد فلأنه التزم بإسقاط حقه في ملكية الرقبة لقاء العوض المدفوع،فإذا أخذه منه لزمه تنفيذ ما التزم به،و لا يحق له الامتناع عن العتق إلا إذا رضي العبد،وأسقط حقه في العقد،وأما بالنسبة للعبد فإنه ملزم بدفع العوض المتفق عليه،فإذا امتنع،أو عجز بقي على ملكيته لسيده،[1] ويكون عجزه عن الوفاء من الأعذار التي تفسخ العقد.[2]

---

(١)الهداية للمرغيناني٢/٦٦،المدونة للإمام سحنون ٢/٣٩٢.

(٢)ينظر ص ٦٤٦.

المطلب الثاني عشر

المكاتبة

تعريف المكتابة:

في اللغة مأخوذة من كَتَب الشيء، يكتبه، كتْباً، وكتاباً، وكتابة، إذا خطه، والمكاتبة: من باب المفاعلة، وهي تكون بين اثنين فأكثر.(١)

و في الاصطلاح: إعتاق السيد عبده على مالٍ في ذمته يؤدى مؤجلاً.(٢)

مشروعية المكاتبة:

الأصل في جواز الكتابة الكتاب، والسنة، الإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ ﴾ [النور:٣٣].

وأما السنة: فحديث سهل بن حنيف رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من أعان غارماً، أو غازياً، أو مكاتباً في كتابته، أظله الله في ظله، ولا ظل إلا ظله).(٣)

وأما الإجماع: فقد اتفق المسلمون على جواز المكاتبة، ومشروعيتها.(٤)

لزوم عقد المكاتبة للطرفين:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في صفة عقد المكاتبة من حيث لزومه، هل هو لازم للطرفين، أو لأحدهما وهو السيد فقط، وذلك على قولين:

القول الأول: أن عقد المكاتبة لازم للطرفين، السيد، والمكاتب، وهو مذهب

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٦٩٨/١، المصباح المنير للفيومي ٢٠٠.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٤١/١٤.

(٣) رواه الحاكم ٢١٧/٢، والبيهقي، كتاب المكاتب، باب فضل من أعان مكاتباً في رقبته، السنن الكبرى للبيهقي ٣٢٠/١٠، تلخيص الحبير لابن حجر ٢٣٨/٤.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ١٤٠/١٨، المغني لابن قدامة ٤٤٢/١٤.

المالكية،[(١)] الحنابلة في المشهور،[(٢)] رحمهم الله .

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله:[وقال مالك:الكتابة عقد لازم من الطرفين، أي بين العبد، والسيد ..][(٣)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[والكتابة عقد لازم من الطرفين لا يدخلها خيار، ولا يملك أحدهما فسخها ..] [(٤)]اهـ

القول الثاني:أن عقد المكاتبة لازم في حق السيد، جائز في حق المكاتب، وهو مذهب الحنفية،[(٥)] والشافعية،[(٦)] ورواية عن الإمام أحمد،[(٧)] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما صفة المكاتبة فنوعان:أحدهما:أنها عقد لازم من جانب المولى إذا كان صحيحاً، حتى لا يملك فسخه من غير رضا المكاتب، إذا لم يحل نجم، أو نجمان على الخلاف، غير لازم في جانب المكاتب، حتى ينفرد بفسخه من غير رضا المولى..][(٨)]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[والكتابة لازمة من جهة السيد ليس له فسخها، إلا أن يعجز عن الأداء، وجائزة للمكاتب، فله ترك الأداء، وإن كان معه وفاء ..][(٩)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وليس للعبد فسخها، وعنه له ذلك][(١٠)]اهـ

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٣٤٨/٦.

(٢)الإنصاف للمرداوي ٤٧٥/٧.

(٣) بداية المجهد لابن رشد ٤٨٥/٥.

(٤)المقنع لابن قدامة ٥١٠/٢.

(٥) تكملة شرح فتح القدير لقاضي زادة ١٩٤/٩.

(٦)الحاوي الكبير للماوردي ١٨١/١٨، روضة الطالبين للنووي ٢٥٧/١٢.

(٧)الإنصاف للمرداوي ٤٧٧/٧.

(٨)بدائع الصنائع للكاساني ١٤٧/٤.

(٩)منهاج الطالبين للنووي٤/٦٦٧.

(١٠)المقنع لابن قدامة ٥١١/٢.

الأدلة:

دليل القول الأول:(لازمة للطرفين)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن المكاتبة لازمة كالبيع؛بجامع كون كل منهما عقد معاوضة.

الوجه الثاني:أن المكاتبة لازمة كالعتق بعوض؛بجامع كون كل منهما عتقاً بعوض.[(١)]

دليل القول الثاني:(لازمة في حق السيد دون العبد)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن المال إذا لزم صح ضمانه،وضمان مال الكتابة على المكاتب لا يصح،فدل على أنه ليس بلازم .

الوجه الثاني:أن المال إذا كان في مقابلة العتق لم يلزمه بدله،كما لو قال لعبده:إن دفعت ألفاً فأنت حر،لم يلزمه دفع الألف.[(٢)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بلزوم عقد الكتابة للطرفين؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل في الوجه الأول فيجاب عنه لكم بأن عدم الضمان،لم يكن بسبب عدم اللزوم،وإنما كان بسبب أن العبد يبقى رقيقاً حتى يقوم بدفع كل ما أتفق عليه،فإذا عجز فإن ماله لسيده فكيف يضمنه.

ثالثاً:أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني فيجاب عنه بأنه غير مسلم؛لأن العبد إذا التزم بمال على العتق فإنه يلزمه،فهذا الإمام محيي الدين النووي يقول:[ولو قال: أعتقك على كذا فقبل في الحال،أو قال العبد: أعتقني على كذا فأجابه عتق،وعليه ما التزم][(٣)]اهـ

إذاً فعقد الكتابة بين السيد،وعبده من العقود التي تكون لازمة للطرفين،فإذا تم العقد

---

(١)الذخيرة للقرافي١١/٢٨٤.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي١٨/١٨١.

(٣)روضة الطالبين للنووي ١٢/١٠٩.

كان كل من السيد ،وعبده ملزماً بالوفاء به،وليس في مقدرة أحدهما الرجوع عنه،إلا برضا الطرف الآخر.

و بهذا العقد ينتهي هذا المبحث الذي يختص بالعقود اللازمة للطرفين معاً.

المبحث الثاني

العقود اللازمة في حق طرف واحد

يشتمل هذا المبحث على ستة مطالب:

المطلب الأول:الضمان.

المطلب الثاني:الكفالة.

المطلب الثالث:الوقف.

المطلب الرابع:التدبير.

المطلب الخامس:الأمان.

المطلب السادس:الذمة.

المطلب الأول

الضمان(١)

تعريف الضمان:

في اللغة: مأخوذ من ضمن الشيء، وبه، ضمناً، وضماناً، يقال: ضمنت المال، فأنا ضامن، وضمين، إذا التزمت به.(٢)

وفي الاصطلاح: ضم ذمة إلى ذمة أخرى في التزام الحق.(٣)

مشروعية الضمان:

الأصل في جواز الضمان الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف:٧٢]، والزعيم هو الضامن في كلام العرب.(٤)

وأما السنة: فحديث أبي أمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (.. العارية مؤداة، والمنحة(٥) مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم).(٦)

---

(١) اختلفت مذاهب العلماء رحمهم الله في الضمان والكفالة هل هما عقد واحد أو مختلفان على طرق: أحدها: التعبير بالكفالة، وإدراج الضمان معها، فيعبرون بكفالة المال، وكفالة النفس، وهو طريق الحنفية، ثانيها: التعبير بالضمان، وإدارج الكفالة معه، فيقولون ضمان المال وضمان الوجه، وربما عبروا عنهما بالحمالة، وهو طريق المالكية. وثالثها: جعل الضمان، والكفالة شيئاً واحداً، ومن ثم تعريفها بتعريف واحد وهو طريق الشافعية. رابعها: جعلها تحت باب واحد وهو الضمان لكن لكل منهما تعريف يخصه، وهو طريق الحنابلة، وهذا ما سرت عليه في هذا البحث، ينظر الهداية للمرغيناني ٨٧/٣، بلغة السالك للصاوي ١٥٥/٢، روضة الطالبين للنووي ٢٤٠/٤، المغني لابن قدامة ٧١/٧ .

(٢) لسان العرب لابن منظور ٢٥٧/١٣، المصباح المنير للفيومي ١٣٨.

(٣) المغني لابن قدامة ٧١/٧، ينظر بقية التعاريف: الهداية للمرغيناني ٨٧/٣، مغني المحتاج للشربيني ٢٦٩/٢.

(٤) المحرر الوجيز لابن عطية ٢٩/٨، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣٢٥/٤.

(٥) المنحة: هي أن يعطيه ناقة، أو شاة، ينتفع بلبنها، ويعيدها. النهاية في غريب الحديث ٣٦٤/٤.

(٦) رواه ابو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، سنن أبي داود ٢٩٦/٣، والترمذي، كتاب البيوع، باب العارية مؤداة، وقال: حسن غريب، سنن الترمذي ٥٦٥/٣، وابن ماجة، كتاب الصدقات، باب الكفالة، سنن ابن ماجة ٨٠٤/٢.

وأما الإجماع:فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة.[(١)]

لزوم عقد الضمان في حق الضامن دون المضمون له:

عقد الضمان من العقود التي يستوثق بها؛كي يتمكن صاحب الحق من استيفاء حقه،فإذا صدر الضمان ممن هو أهل له؛فإن جميع ما على المضمون عنه يكون على ذلك الضامن الذي ألزم نفسه بذلك الحق،ومن هنا يتبين أن الضمان عقد له شأنه في ترتب الحق،ولزوم الوفاء به،فلما كان الشخص الضامن قد دخل في هذا العقد،مع علمه بأنه مغبون فليس له من فائدة،سوى الوفاء عمن ضمنه،كان العقد لازماً في جانبه،دون جانب المضمون له،وعليه فإن الضمان يكون من العقود التي تلزم أحد الطرفين،دون الآخر،فلا يحق للضامن ترك الضمان،بل يستمر ذلك اللزوم حتى يقوم الضامن،أو المضمون عنه بالوفاء،أو يبرأه المضمون له من الوفاء،وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله،ونقل الإجماع على ذلك الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله فقال:[إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه،وكان للمضمون له مطالبته،ولا نعلم في هذا خلافاً][(٢)]اهـ

وقال أيضاً رحمه الله:[وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه،برئت ذمة الضامن،لا نعلم فيه خلافاً؛لأنه تبع،ولأنه وثيقة،فإذا برئ الأصيل زالت الوثيقة][(٣)]اهـ

وقد صرح الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله بأن الضمان لازم من طرف واحد حيث قال:[لأن الضمان لازم من جهة الضامن،دون المضمون عنه][(٤)]اهـ

ومما يؤكد أن عقد الضمان لازم في حق الضامن،دون المضمون له ما ذكره أهل العلم رحمهم الله من أن الضامن مطالب بالوفاء،حتى مع وجود المضمون عنه،ولصاحب الحق أن يطالب أيهما شاء.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل،وإن شاء طالب كفيله،لأن الكفالة ضم ذمة إلى الذمة في المطالبة][(٥)]اهـ

---

(١)المغني لابن قدامة٧/٧٢.

(٢)المصدر السابق ٦/٧٤.

(٣)المصدر السابق٦/٨٧.

(٤)الحاوي الكبير للماوردي ٦/٤٣٣.

(٥)الهداية للمرغيناني٣/٩٠.

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وله أن يطالبه من غير انقطاع الطلبة عن المضمون عنه، وهو حاضر مليء، فيتخير طلب أيهما شاء][(١)] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله: [أن تتجدد للمضمون له، مطالبة الضامن، ولا تنقطع مطالبته عن المضمون عنه، بل له مطالبتهما جميعاً، ومطالبة أيهما شاء][(٢)] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما..][(٣)] اهـ

فمن هذه النصوص لهؤلاء العلماء رحمهم الله، يتضح أن صاحب الحق له أن يطالب الضامن، و المضمون عنه، وإن كان الإمام أبو الحسن المرغيناني رحمه الله قد عبر بالكفالة، إلا أنهم - أي الحنفية - حينما يقولون بالكفالة فإن الضمان يندرج تحتها كما سبق ذكره.[(٤)]

ومما يدل على أن عقد الضمان لازم من جهة واحدة، وهي جهة الضامن ما ذكره بعض أهل العلم رحمهم الله من أن المضمون له إذا أبرأ ذمة المضمون عنه، برئت ذمة الضامن؛ لأن الحق له، فإذا أسقطه سقط فلا يرد المكلف عن إسقاط حقه.[(٥)]

فالخلاصة أن عقد الضمان لازم في جانب الضامن، فإنه قد دخل في ذلك على بصيرة من أمره من أنه مغبون بهذا الضمان، وأما المضمون له فإنه في حقه جائز، فله أن يتنازل عن هذا الضمان؛ لأن الحق له ولو شاء أسقطه.

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢//٦٥٩.

(٢)روضة الطالبين للنووي ٤/٢٦٤.

(٣)المغني لابن قدامة٧/٨٦.

(٤)ينظر ص ٢٦٠.

(٥)المصدر السابق ٧/٨٧.

المطلب الثاني

الكفالة

تعريف الكفالة:

في اللغة: مأخوذة من كفل، يكفل، كفلاً، ومنه قولهم: قد تكفلت بالشيء، إذا ألزمته نفسي، وتحملته، وجمع الكفيل: كفلاء.[(١)]

و في الاصطلاح: التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي لربه.[(٢)]

فالكفالة هنا متعلقة بالإحضار فقط دون الضمان، فالكفيل يحضر المكفول عنه للمكفول له، حتى يتمكن من استيفاء حقه منه، ولا يرد على هذا جعل الكفالة منقسمة إلى كفالة حضورية، و غرامية، لأن هذا التقسيم له أصل في اللغة، والاصطلاح، وقد سبق أن بعض الفقهاء جعل الكفالة بمعنى الضمان، ولم يفرق بينهما؛ ولهذا قال الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله: [والزعيم، والضمين، وكذلك الكفيل، والحميل، والصبير، ومعنى جميعها واحد، غير أن العرف جار بأن الضمين في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع ..][(٣)] اهـ

مشروعية الكفالة:

الأصل في جواز الكفالة، الكتاب، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ [يوسف:٦٦].

وأما الإجماع: فقد قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [وقال الشافعي في بعض أقواله: الكفالة بالبدن ضعيفة، واختلف أصحابه، فمنهم من قال: هي صحيحة قولاً واحداً، وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس، وإن كانت ثابتة بالإجماع، والأثر][(٤)] اهـ

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٥٨٨/١١، المصباح المنير للفيومي ٢٠٥.

(٢) الروض المربع للبهوتي ١٩٦/٢، ينظر كشاف القناع للبهوتي ٣٧٥/٥.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٤٣١/٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٩٧/٧.

لزوم عقد الكفالة في حق الكفيل دون المكفول له:

عقد الكفالة شبيه بالضمان، فكل منهما يستوثق به، لكي يستوفى منه الحق عند تعذره من الأصيل، كما أن كلاً من الكافل، والضامن يدخل في العقد مع علمه بالغبن في ذلك العقد في حالة عدم سداد المضمون عنه، وعدم حضور المكفول، ولذا كانت الكفالة كالضمان من حيث لزومها في جانب طرف واحد، دون الطرف الآخر، فهي لازمة في حق الكفيل، أما في حق المكفول له فإنها جائزة، ولذلك كان من حقه أن يطالب بها، ومن حقه أن يسقطها، وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله فلم يرد عن أحد من العلماء القول بأن المكفول له ملزم بهذه الكفالة، وليس له إسقاطها .

وقد صرح بعض أهل العلم رحمهم الله بهذا اللزوم في حق الكفيل، قال الإمام زين العابدين بن نجيم الحنفي:[وجائز من أحد الجانبين فقط .. ، والكفالة جائزة من المطالب، لازمة من جانب الكفيل][1]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[.. ما كان لازما من جهة أحد المتعاقدين، دون الآخر، فهو ثلاثة عقود][2]اهـ وذكر منها الضمان، والضمان عند الشافعية يطلق على الكفالة كما سبق.[3]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:[.. لازم من أحد طرفيه، دون الآخر ..][4]اهـ وذكر من هذا النوع الضمان، والكفالة .

ومما يؤيد أن الكفالة لازمة في حق الكفيل، دون المكفول له أن الكفالة لا تقبل الخيار وعلل ذلك بأن الكفيل دخل في الكفالة على بصيرة بأنه مغبون بها، ولأن مقتضى الكفالة لزوم ما كفل به ، والخيار ينافي ذلك،[5] كما يؤكد ذلك أن المكفول له له أن يطالب أيهما شاء، وبهذا يظهر جليا أن عقد الكفالة من العقود التي تلزم في جانب طرف واحد، فهي لازمة في حق الكفيل، فلا يملك الرجوع عنها إلا برضا المكفول له، وموافقته، ولا

---

(١)الأشباه والنظائر لابن نجيم٣٣٦.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي ٥/٢٩ .

(٣)ينظر ص٢٦٠.

(٤)المغني لابن قدامة ٦/٤٩ .

(٥)المهذب للشيرازي ١/٣٤٨ ، المغني لابن قدامة ٧/٩٦ .

تلزم في حق المكفول له، حيث له أن يسقطها، ولو لم يرض الكفيل، لأن الحق له، فإن شاء استمر بالمطالبة بها، وإن شاء ترك ذلك، ولا شيء عليه.

المطلب الثالث

عقد الوقف

تعريف الوقف:

في اللغة :الوقف مأخوذ من:وقفت الشيء أقفه وقفاً ، إذا حبسته ،والجمع أوقاف مثل ثوب وأثواب .[١]

ويعبر الفقهاء رحمهم الله عن الوقف بالتحبيس أو التسبيل.

والوقف في الاصطلاح:تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به ،مع بقاء عينه بقطع تصرف المالك ،وغيره في رقبته ،يصرف ريعه إلى جهة بر ،تقرباً لله تعالى[٢].

مشروعية الوقف:

الأصل في مشروعية الوقف ،الكتاب ،والسنة.

أما الكتاب :فإن جميع آيات الإنفاق تدل على مشروعية الوقف لدخوله تحت عموم الإنفاق ،ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾ [آل عمران:٩٢].

ولذا لما سمعها أبو طلحة رضي الله عنه رغب في وقف بئر كانت من أحب أمواله إليه.[٣]

وأما السنة فحديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما(أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضاً [٤] بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها . فقال يا رسول الله :إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه فما تأمرني به؟قال:إن شئت حبَّست أصلها ،وتصدقت بها ،قال:فتصدق بها عمر رضي الله عنه أنه لا يباع، ولا

---

(١)لسان العرب لابن منظور ٣٥٩/٩ ،المصباح المنير للفيومي ٢٥٦.

(٢)الإقناع للحجاوي٢/٣ ،ينظر بقية التعاريف:الهداية للمرغيناني ١٣/٣ ،بلغة السالك للصاوي ٢٩٧/٢ ،الحاوي الكبير للماوردي ٥١١/٧ ،المغني لابن قدامة ١٨٤/٨.

(٣)صحيح البخاري، كتاب الوصايا ،باب إذا وقف أو أوصى لأقاربه ،صحيح البخاري١٩٠/٢ ،فتح الباري لابن حجر٣٨٠/٥.

(٤)كان تسمى ثَمْغ، ينظر فتح الباري لابن حجر٣٩٣/٥ ،٤٠٠ ،نيل الأوطار للشوكاني٢٥/٦.

يوهب، ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول[1]).[2]

لزوم عقد الوقف للواقف بمجرد اللفظ:

عقد الوقف يقطع تصرف المالك فيما أوقفه، إذ بوقفه ذلك يخرج الموقوف عن ملكه لجهة البر التي أوقف عليها، وللوقف أهمية كبرى، سواء على الواقف نفسه بحصوله على الأجر، والمثوبة من المولى سبحانه في الآخرة، أو على الموقوف عليهم بصرف الريع الذي يحصل من الوقف عليهم، فالمجتمع الذي تنتشر فيه الأوقاف، وتتنوع فيه مصارف تلك الأوقاف، يكون مجتمعاً مثالياً، حيث تكون هذه الأوقاف علاجاً لكل نقطة ضعف في ذلك المجتمع، فلو فرض أن مجتمعاً يعاني من قلة طلاب العلم؛ إما لانشغالهم بوسائل العيش، أو غيرها من الأسباب، أو كان يعاني من كثرة الأيتام، أو قلة المساجد، أو غير ذلك من المشاكل، فإن الوقف يعالجها، أو يهيء الأسباب لتخفيف آثارها الضارة، فبه تحل مشاكل الفقر، وأضراره، وكذلك تسد حاجة الضعفاء إلى المأوى، والسكن، وقد تكون الأوقاف من المستشفيات التي تعالج الأمراض، والأسقام، وتدفع عن المجتمع بإذن الله أضرارها، وتحقيقاً لهذه الأهداف حكمت الشريعة الإسلامية بلزومه، فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في لزومه للواقف، إذا اتصل به حكم حاكم، أو وجدت إضافة الوقف إلى ما بعد موت الواقف له،[3] وإنما اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزومه في غير هاتين المسألتين، ولهم رحمهم الله في ذلك قولان:

القول الأول: أن عقد الوقف يكون عقداً لازماً للواقف، فلا يحق له الرجوع فيه ولا التصرف فيه ببيع، ولا هبة، وهو مذهب المالكية،[4] والشافعية،[5]

---

(١) مأخوذ من مال الرجل، وتموَّل: إذا صار ذا مال، والمعنى غير متخذ منها مالاً، أي ملكاً، والمراد أنه لا يمتلك شيئاً من رقابها، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣٧٣/٤، فتح الباري لابن حجر ٤٠١/٥.

(٢) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، ١٨٥/٣، صحيح مسلم، كتاب الوصايا، باب الوقف، ٧٤/٥.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٨/٦، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩١/٣، الحاوي الكبير للماوردي ٥١١/٧، المغني لابن قدامة ١٨٥/٨.

(٤) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩١/٣، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٩/٣.

(٥) المهذب للشيرازي ٤٤٩/١، الحاوي الكبير للماوردي ٥١١/٧ .

الحنابلة،[1] وأبي يوسف، ومحمد من الحنفية،[2] رحمهم الله.

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [الحبس، والوقف صحيح لازم، لا يفتقر لزومه إلى حكم حاكم به][3] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [فإذا وقف زال ملكه عنه بنفس الوقف، ولزم الوقف، فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك، ولا التصرف فيه ببيع، ولا هبة ..][4] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ويلزم الوقف بمجرد القول، بدون حكم حاكم][5] اهـ

وقال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وقال أبو يوسف، ومحمد، وعامة العلماء، رضي الله تعالى عنهم: يجوز حتى لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث.. لكن عند أبي يوسف بنفس القول، وعند محمد بواسطة التسليم..][6] اهـ فقوله: يجوز أي ينفذ، ويمضي، إشارة إلى لزومه، وثبوته، ولذلك قال: حتى لا تباع، ولا يوجب، ولا يورث.

القول الثاني: أن عقد الوقف غير لازم إلا أن يحكم به حاكم، وهو قول الإمام أبي حنيفة،[7] رحمه الله .

قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله: [ولا يلزم إلا أن يحكم به حاكم][8] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (أن الوقف لازم) استدلوا بالنقل، والإجماع، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديثان:

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٥/٨، المقنع لابن قدامة ٣٢٩/٢ .

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٧/١٢، الاختيار للموصلي ٤١/٣، شرح فتح القدير لابن الهمام ١٨٨/٦ .

(٣) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩١/٣ .

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ١١/٧ .

(٥) كشاف القناع للبهوتي ٢٩٢/٤ .

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٨/٦ .

(٧) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٨/٦، شرح فتح القدير لابن الهمام ١٨٨/٦، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣٣٨/٤.

(٨) الاختيار للموصلي ٤١/٣.

أولهما :عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها . فقال يا رسول الله:إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه ،فما تأمرني به ،قال:إن شئت حبَّست أصلها ،وتصدقت بها ،قال:فتصدق بها عمر رضي الله عنه أنه لا يباع،ولا يوهب،ولا يورث،وتصدق بها في الفقراء،وفي القربى،وفي الرقاب،وفي سبيل الله،وابن السبيل،والضيف،لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف،ويطعم غير متمول).[1]

وجه الدلالة :أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر عمر رضي الله عنه على أن الموقوف لا يملك الواقف التصرف فيه بالبيع،أو الهبة ،وأنه لا يدخل في تركته فيورث،وهذا يفيد أنه لازم باللفظ،دون حاجة إلى حكم حاكم .

ثانيهما : حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة ، صدقة جارية ،أو علم ينتفع به،أو ولد صالح يدعو له)[2].

ووجه الدلالة :أن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف؛لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام،ولا طريق إلى تحقيق دفع هذه الحاجة ،واثبات هذه الصدقة الجارية إلا بلزومه،فكان لازماً.[3]

أما دليلهم من الإجماع فقد نقله القاضي عبد الوهاب رحمه الله بقوله:[فدليلنا فعل الرسول الله صلى الله عليه وسلم وإجماع الصحابة بعده من غير خلاف،منهم الأئمة الأربعة ..][4]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله:[ويدل على ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم؛لأن أبا بكر،وعمر،وعثمان،وعلياً،وطلحة،والزبير،وأبا الدرداء،و عبدالرحمن بن عوف،وفاطمة،وغيرهم وقفوا دوراً،وبساتين،ولم ينقل عن أحد منهم أنه رجع في وقفه،فباع

(١) تقدم تخريجه ص٢٦٦.

(٢)رواه مسلم في كتاب الوصية،باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته،صحيح مسلم ٧٣/٤.

(٣)شرح فتح القدير لابن الهمام ١٩١/٦.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩١/٣،المغني لابن قدامة ١٨٥/٨.

منه شيئاً، ولا عن أحد من ورثتهم، مع اختلاف هممهم، فلو كان ذلك جائزاً لنقل عن أحد منهم الرجوع] اهـ[(١)]

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الوقف تصرف يلزم بعد الوفاة بالوصية، فوجب أن يلزم بفعله حال الحياة، من غير حكم الحاكم.[(٢)]

الوجه الثاني: أن الوقف إزالة ملك على وجه القربة، كالعتق، فإلحاقه به أولى.[(٣)]

دليل القول الثاني: (الوقف غير لازم) استدلوا بالنقل، والعقل:

أما دليلهم من النقل فلهم ثلاثة أحاديث هي:

الأول: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما نزلت سورة النساء، وفرض فيها الفرائض، قال الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا حَبْسَ بعد سورة النساء).[(٤)]

ووجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يحبس مال بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته، والوقف حبس عن فرائض الله تعالى؛ فكان منفياً شرعاً.[(٥)]

الثاني: ما روي عن شريح رحمه الله أنه قال: (جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس).[(٦)]

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٥١٣/٧.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩١/٣، الحاوي الكبير للماوردي ٥١٣/٧، المغني لابن قدامة ١٨٦/٨.

(٣) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩٣/٣، المغني لابن قدامة ١٨٧/٨.

(٤) رواه البيهقي، كتاب الوقف، باب من قال لا حبس عن فرائض الله عز وجل، السنن الكبرى ١٢٦/٦، والطبراني في الكبير ٣٦٥/١١، والدار قطني، كتاب الفرائض سنن الدار قطني ٦٨/٤، وقال لم يسنده غير ابن لهيعة، وأخيه وهما ضعيفان، والعقيلي في الضعفاء الكبير ٣٩٧/٣، جميعهم من طريق عبدالله بن لهيعة عن أخيه عن عكرمة عن ابن عباس، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٩٩/٤، فالحديث بهذا السند ضعيف لأجل ابن لهيعة وأخيه، السلسلة الضعيفة للألباني ٢٩٣/١.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩/٦ .

(٦) رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع و الأقضية، باب الرجل يجعل الشيء حبساً في سبيل الله، مصنف أبي شيبة ٢٥١/٦.

ووجه الدلالة :أن شريحاً رحمه الله يروي عن المصطفى صلى الله عليه وسلم جواز بيع الموقوف، فالحبيس هو الموقوف، فعيل بمعنى مفعول؛إذ الوقف حبس في اللغة، فكان الموقوف محبوساً، فيجوز بيعه.(١)

الثالث :أن عبد الله بن زيد رضي الله عنه، جعل حائطاً له صدقة، وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأتى أبواه النبي صلى الله عليه وسلم فقالا :يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم ماتا فَوَرِثَهُمَا .(٢)

ووجه الدلالة :أن المصطفى صلى الله عليه وسلم رد وقفه عليه، ولو كان الوقف يخرج عن الملك لم يصح الرد.(٣)

وأما دليلهم من العقل فقالوا :الوقف غير لازم فيصح الرجوع عنه كالعارية، بجامع كون كل منهما تمليكاً للمنفعة لا للعين.(٤)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد الوقف بمجرد اللفظ؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل .

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(لا حبس بعد سورة النساء) فيجاب عنه بثلاثة أجوبة:

الأول:أنه حديث ضعيف من رواية عبد الله بن لهيعة،(٥) كما تقدمت بيانه في

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩/٦ .

(٢)رواه الدارقطني في كتاب الأحباس، باب وقف المساجد والسقايات وقال:هذا أيضاً مرسل، لأن عبدالله بن زيد توفي في خلافة عثمان، ولم يدركه أبو بكر بن حزم. سنن الدارقطني٢٠١/٤.

(٣)الاختيار للموصلي ٤١/٣، الحاوي الكبير للماوردي ٥١٢/٧، المغني لابن قدامة ١٨٥/٨.

(٤)الهداية للمرغيناني١٤/٣.

(٥)هو أبو عبدالرحمن عبد الله بن لهيعة بن عقبة الحضرمي، المصري، ولد سنة٩٦هـ وقيل غير ذلك، قال ابن معين: (إنه ضعيف، لا يحتج به)، وقال الإمام أحمد : (من كتب عن ابن لهيعة قديماً فسماعه صحيح)، وقد احترقت كتبه سنة ١٦٩هـ ،وقال عبدالغني الأزدي:(إذا روى العبادلة عن ابن لهيعة (ابن المبارك، ابن وهب، ابن المقري) فهو صحيح)، مات سنة١٧٤هـ (الطبقات الكبرى لابن سعد١١/٨، ميزان الاعتدال للذهبي١٦٦/٤، سير أعلام النبلاء للذهبي١١/٨، تقريب التهذيب لابن حجر٤٤٤/١).

تخريجه[١]، وفي روايته أيضاً أخوه عيسى بن لهيعة،[٢] وهو ضعيف عند المحدثين رحمهم الله.[٣]

الثاني: أن المراد بالحبس هنا حبس الزانية، والذي عبر عنه بالإمساك في البيوت في قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ ﴾ [النساء:١٥].

وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم السبيل فقال:(خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة، ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة، والرجم).[٤]

الثالث: أن المراد الحبس المسقط للمواريث، وهو ما زاد عن الثلث، فإن الفرائض قدرت بعد الوصية بالثلث، وبعد الديون.[٥]

ثالثاً: أما استدلالهم بقول القاضي شريح رحمه الله:(جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس) فيجاب عنه بجوابين:

الأول: أن هذا القول مرسل، لأن شريحاً تابعي، والحجة إنما هي في المرفوع لا في المرسل من حيث الأصل.

الثاني: أن الحبيس ما كانت تفعله الجاهلية بغير إذن الله تعالى، وذلك كالبحيرة،[٦]

---

(١) ينظر ص٢٧٠.

(٢) هو عيسى بن لهيعة بن عقبة الحضرمي، قال الدارقطني: ضعيف، وقال العقيلي: عيسى بن لهيعة عن عكرمة ولا يتابع عليه، ولا يعرف إلا به، وذكره الطبري في تهذيب الأثار وقال: لا يحتج بخبره، سنن الدارقطني٤/٦٨، الضعفاء الكبير للعقيلي٣/٣٩٧، ميزان الاعتدال للذهبي٥/٣٨٨، لسان الميزان لابن حجر٤/٤٠٣.

(٣) ينظر ص ٢٧٠.

(٤) رواه مسلم في كتاب حد الزنى، صحيح مسلم٥/١١٥.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٥١٣، الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٣.

(٦) هي الناقة المشقوقة الأذن يقال: بحرت أذن الناقة: أي شققتها، وكان أهل الجاهلية يفعلون ذلك إذا أنتجت الناقة خمسة أبطن إناثاً، فتحرم على النساء، فإذا ماتت حلت للنساء، وقيل غير ذلك. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي٦/٣٣٦، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣/٢٠٣.

والسائبة،[١] فلما بعث عليه الصلاة والسلام بين الله به تحريم هذه الأمور، وإجازة التصرف في البحيرة، والسائبة بالبيع.[٢]

رابعا: أما استدلالهم بحديث عبد الله بن زيد فيجاب عنه بثلاثة أجوبه:

الأول: أن هذا الحديث مرسل، والحجة في المرفوع لا في المرسل.[٣]

الثاني: أن هذا الحديث إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف استتاب فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما، ولهذا لم يردها عليه إنما دفعها إليهما.[٤]

الثالث: أن هذا الحائط لم يكن له، بل كان لهما بدليل أنه ورد في الخبر (ماتا فورثهما)، فكان تصرفه فيه بحكم النيابة عنهما، فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما، فلم ينفذاه، وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فرده إليهما.[٥]

خامساً: أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بأنه لا تسلم صحته من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس مع الفارق، ووجهه أن العقد في الوقف منصب على العين بمنافعها، وفي العارية على المنفعة فقط.

الوجه الثاني: لو سلمنا صحته فرضاً فإنه يمكن قلبه فيقال: الوقف عقد لازم لا يصح الرجوع عنه كالعارية، وهذا على القول بلزوم العارية للمعير[٦].

وإذا تقرر أن الوقف لازم للواقف، فهل لزومه للواقف يكون بالتلفظ به، أم أنه بحاجة إلى القبض حتى يلزم؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن عقد الوقف لازم له بمجرد تلفظه فلا يحق له الرجوع فيه ولا التصرف

---

(١) هي الناقة إذا تابعت بين عشر إناث ليس بينهن ذكر، لم يركب ظهرها، ولم يُجزَّ وبرها، ولم يشرب لبنها، إلا ضيف، وقيل: هي البعير يُسيَّب بنذر يكون على الرجل، فلا يحبس عن رعي، ولا ماء، ولا يركبه أحد. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٦٦/٦، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢٠٣/٣.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٥١٣/٧، شرح فتح القدير لابن الهمام ١٩٢/٦.

(٣) تقدم ذلك في ص ٢٧١.

(٤) المغني لابن قدامة ١٨٦/٨.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٥١٣/٧، المغني لابن قدامة ١٨٦/٨، الذخيرة للقرافي ٣٢٣/٦.

(٦) ينظر ص ٣٦٤.

فيه ببيع، ولا هبة، وهو مذهب المالكية،[١] والشافعية،[٢] الحنابلة،[٣] وأبي يوسف من الحنفية،[٤] رحمهم الله.

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [الحبس، والوقف صحيح لازم، لا يفتقر لزومه إلى حكم حاكم به][٥] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [فإذا وقف زال ملكه عنه بنفس الوقف، ولزم الوقف، فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك، ولا التصرف فيه ببيع، ولا هبة ..][٦] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ويلزم الوقف بمجرد القول، بدون حكم حاكم][٧] اهـ

وقال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وقال أبو يوسف، ومحمد، وعامة العلماء، رضي الله تعالى عنهم: يجوز حتى لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث.. لكن عند أبي يوسف بنفس القول، وعند محمد بواسطة التسليم..][٨] اهـ

القول الثاني: أن عقد الوقف لا يلزم إلا بالقبض، وهو قول الإمام محمد بن الحسن من الحنفية،[٩] ورواية عن الإمام أحمد،[١٠] رحمهما الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني: [وقال محمد: لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً، ويسلمه إليه][١١] اهـ

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩١/٣، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٩/٣.

(٢) المهذب للشيرازي ٤٤٩/١، الحاوي الكبير للماوردي ٥١١/٧ .

(٣) المغني لابن قدامة ١٨٥/٨، المقنع لابن قدامة ٣٢٩/٢ .

(٤) الاختيار للموصلي ٤١/٣، شرح فتح القدير لابن الهمام ١٨٨/٦ .

(٥) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩١/٣ .

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ١١/٧ .

(٧) كشاف القناع للبهوتي ٢٩٢/٤ .

(٨) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٨/٦ .

(٩) الهداية للمرغيناني ١٣/٣، بدائع الصنائع للكاساني ٢١٨/٦.

(١٠) المقنع لابن قدامة ٣٢٩/٢.

(١١) الهداية للمرغيناني ١٣/٣.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:[وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى: لا يلزم إلا بالقبض، وإخراج الواقف له عن يده][(١)] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(أن الوقف لازم بمجرد اللفظ)استدلوا بالنقل، والإجماع، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضاً بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها . فقال يا رسول الله:إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني به، قال:إن شئت حبَّست أصلها، وتصدقت بها ، قال:فتصدق بها عمر رضي الله عنه أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول).[(٢)]

وجه الدلالة :أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بلزوم الوقف بمجرد اللفظ في قوله : (حبَّست)، فدل على لزومه بالعقد وحده، ولا يفتقر إلى الإقباض..[(٣)]

أما دليلهم من العقل فقالوا :إن الوقف إزالة ملك على وجه القربة، فلم يفتقر إلى التسليم، كالعتق، فإلحاقه به أولى.[(٤)]

دليل القول الثاني:(الوقف يلزم بالتسليم) استدلوا بالعقل فقالوا :إن الوقف تبرع بمال، ولا يخرجه عن المالية، فلم يلزم بمجرد الوقف، كالهبة، والوصية.[(٥)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد الوقف بمجرد اللفظ؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل .

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه بجوابين:

---

(١)المغني لابن قدامة ١٨٧/٨.

(٢)تقدم تخريجه ص ٢٦٦.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي ٥١٤/٦.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩٣/٣، المغني لابن قدامة ١٨٧/٨.

(٥)المغني لابن قدامة ١٨٧/٨.

الأول:أن هذا قياس،ولا قياس مع النص .

الثاني:أنه قياس مع الفارق،فالهبة تمليك مطلق،والوقف تحبيس الأصل،وتسبيل المنفعة،فهو بالعتق أشبه،فإلحاقه به أولى.(١)

وإذا تقرر أن الوقف لازم،وأن لزومه للواقف يكون بالتلفظ به،ولا يكون بحاجة إلى القبض،فإنه يرد السؤال هل كل وقف يكون لازماً،أم أن هناك شروطاً خاصة،تضاف إلى ما سبق ذكره من شروط لزوم العقد؟والجواب أن هناك شروطاً خاصة لا بد من توفرها؛لكي يحكم بلزومه على الواقف،وبيانها فيما يلي:

شروط لزوم عقد الوقف:

لا يكون الوقف لازماً للموقف إلا إذا توفرت فيه الشروط المعتبرة للحكم بصحته،والتي تضاف إلى الشروط العامة للزوم العقد،وقد سبق ذكرها(٢)،وهذه الشروط الخاصة هي:

الشرط الأول:أن يكون الموقوف منتفعاً به على الدوام،مع بقاء عينه:

الوقف يراد للدوام حتى ينال الواقف الأجر عليه،ما دام أن عين الوقف باقية،ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه في وقفه بخيبر: (إن شئت حبَّست الأصل) فنبه بذلك على أن الوقف إنما يراد به الدوام؛ليبقى أجره للواقف،والنفع للموقوف عليه؛ولهذا اشترط أهل العلم رحمهم الله في الموقوف أن ينتفع به مع بقاء العين،أما ما كان مستهلكاً لا ينتفع به إلا بذهاب عينه،كالطعام،ونحوه فإنه لا يصح وقفه؛لعدم بقائه،والوقف يراد به البقاء؛ لكي يكون صدقة جارية ينتفع به من أوقفه،ولا توجد صفة الدوام فيما لا تبقى عينه(٣)،وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على هذا الشرط.

قال الإمام كمال الدين ابن الهمام الحنفي رحمه الله:[وأما وقف مالا ينتفع به إلا بالإتلاف،كالذهب،والفضة،والمأكول،والمشروب،فغير جائز في قول عامة الفقهاء،والمراد بالذهب،والفضة الدراهم،والدنانير،وما ليس بحلي ..](٤)اهـ

(١)المصدر السابق .

(٢)ينظر ص ٥٥.

(٣)كشاف القناع للبهوتي ٢٤٣/٤ .

(٤)شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٠٣/٦ ،ينظر الاختيار للموصلي ٤٢/٣.

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[ولا يجوز وقف الطعام، فإن منفعته في استهلاكه ..] [١] اهـ وقد بين الإمام شهاب الدين القرافي رحمه الله العلة في ذلك بقوله:[وشأن الوقف بقاء العين..] [٢] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[لا يصح وقف مالا يدوم الانتفاع به، كالمطعوم، والرياحين المشمومة، لسرعة فسادها ..] [٣] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وجملته أن مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالدنانير، والدراهم، والمطعوم، والمشروب، والشمع، وأشباهه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم ..] [٤] اهـ

إذاً ما كان طبيعته عدم الدوام كالرياحين، أو كان في استخدامه إزالة له، كالطعام فلا يصح وقفه، أما إذا كان غير ذلك فلا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون غير منقول؛ كالعقار من دور، وأرضين فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في جواز وقفه. [٥]

قال الإمام أبو عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله:[ويجوز وقف العقار] اهـ [٦]

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[ولأن الحبس، والوقف إنما يراد للتأبيد، والدوام؛ وذلك لا يمكن إلا في العقار] [٧] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[وما يراد لمنفعة تستوفى منه، كالدار، والأرض] [٨] اهـ

---

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣٢/٣.

(٢) الذخيرة للقرافي ٣١٥/٦.

(٣) روضة الطالبين للنووي ٣١٥/٥، ينظر مغني المحتاج للشربيني ٥١١/٢.

(٤) المغني لابن قدامة ٢٢٩/٨، ينظر كشاف القناع للبهوتي ٢٤٣/٤.

(٥) ينظر بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٠/٦، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩٣/٣، مغني المحتاج للشربيني ٥١٢/٢، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٣/٤.

(٦) الاختيار للموصلي ٤٢/٣.

(٧) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩٣/٣.

(٨) روضة الطالبين للنووي ٣١٤/٥.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وجملة ذلك أن الذي يجوز وقفه ما جاز بيعه، وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه، وكان أصلاً يبقى بقاء متصلاً، كالعقار] [1] اهـ

الحالة الثانية: أن يكون منقولاً مثل السلاح، والعتاد، والأثاث، والكتب، والكُراع، [2] ونحوها فهذا النوع من الموقوفات اختلف فيه أهل العلم رحمهم الله على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يصح وقفه، وهو مذهب الشافعية [3]، والحنابلة، [4] وهو قول الإمام محمد ابن الحنفية، [5] ورواية عن الإمام مالك، [6] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[يجوز وقف العقار، والمنقول] اهـ [7]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:[أن يكون في عين يجوز بيعها، ويمكن الانتفاع بها دائماً، كالعقار، والحيوان، والأثاث...] اهـ [8]

وقال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله:[وعن محمد جواز وقف ما جرى فيه التعامل كالفأس] اهـ [9]

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[فأما وقف المنقول كالحيوان والعروض، فمذهب الكتاب صحته] اهـ [10]

---

(١)المغني لابن قدامة ٢٣١/٨.

(٢)الكراع: على وزن غراب من الغنم والبقر بمنزلة الوظيف من الفرس وهو مستدق الساعد، وقيل لجماعة الخيل خاصة الكراع .المصباح المنير للفيومي ٢٠٢، شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٠١/٦.

(٣)روضة الطالبين للنووي٣١٥/٥، مغني المحتاج للشربيني ٥١٢/٢ .

(٤)المغني لابن قدامة ٢٣١/٨، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٣/٤.

(٥)الاختيار للموصلي ٤٢/٣، شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٠١/٦.

(٦)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٥٩٣/٣، الذخيرة للقرافي ٣١٣/٦.

(٧)روضة الطالبين للنووي٣١٤/٥.

(٨)المقنع لابن قدامة٣٠٨/٢.

(٩)الاختيار للموصلي٤٢/٣.

(١٠)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٣١/٣.

القول الثاني:أنه يصح وقفه إذا كان تبعاً لثابت،كمن وقف ضيعة ببقرها ونحوه،وهو قول أبي يوسف من الحنفية رحمه الله .[(١)]

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[وقال أبو يوسف:إذا وقف ضيعة ببقرها...جاز،وكذا سائر آلات الحراثة] اهـ [(٢)]

القول الثالث:أنه لا يصح وقف المنقول،وهو قول الإمام أبي حنيفة،[(٣)]ورواية عن الإمامين مالك،[(٤)]وأحمد،[(٥)]رحمهما الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[ولا يجوز وقف ما ينقل، ويحول...وهذا على الإرسال[(٦)]قول أبي حنيفة رحمه الله] اهـ [(٧)]

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[وعنه في حبس غير العقار من الحيوان روايتان:إحداهما :المنع،والأخرى:الجواز] اهـ [(٨)]

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وعنه - أي الإمام أحمد - لا يصح وقف غير العقار] اهـ [(٩)]

الأدلة:

دليل القول الأول:(يصح وقف المنقول)استدلوا بالنقل والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديثان:

أما الأول:فحديث أبي هريرة رضى الله عنه:وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

---

(١)الاختيار للموصلي٣/٤٢ ،شرح فتح القدير لابن الهمام٦/٢٠٠.

(٢)الهداية للمرغيناني٣/١٥.

(٣)الاختيار للموصلي٣/٤٢ ،شرح فتح القدير لابن الهمام٦/٢٠٠.

(٤)المدونة للإمام سحنون٤/٣٤٣،المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/١٥٩٣،الذخيرة للقرافي ٦/٣١٢.

(٥)الإنصاف للمرداوي٧/٧.

(٦)أي سواء كان تبعاً لغيره،أو منفرداً .

(٧)الهداية للمرغيناني٣/١٥.

(٨)المعونة للقاضي عبد الوهاب٣/١٥٩٣.

(٩)الإنصاف للمرداوي٧/٧.

(وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً قد احتبس أدراعه،[١] وأعْتُدَه[٢] في سبيل الله)[٣] الحديث.

ووجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر خالداً على وقفه للدروع، والعتاد وهي من المنقول، فدل على صحة وقفها .

أما الثاني: فهو حديث أم معقل رضي الله عنه، أنها جاءت إلى رسول صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن عليَّ حجة، وإن لأبي معقل بَكْراً[٤]، قال أبو معقل: صدقت، جعلته في سبيل الله، فقال رسول صلى الله عليه وسلم: (أعطها، فلتحج عليه فإنه في سبيل الله..)[٥] الحديث .

ووجه الدلالة: إقراره صلى الله عليه وسلم على وقف البكر، وهو من الحيوان، فدل على أن وقف المنقول مشروع .

وأما استدلالهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن المنقول يحصل فيه تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة، فصح وقفه كالعقار .

الوجه الثاني: أن المنقول يصح وقفه مع غيره، فصح وقفه وحده، كالعقار .[٦]

دليل القول الثاني: (لا يصح وقف المنقول إلا تبعاً) استدلوا بالعقل فقالوا: لأنه يثبت من

---

(١) الأدراع، والأدرع جمع قلة لدرع، و تجمع جمع كثرة على الدروع، وهي لبوس الحديد. النهاية لابن الأثير٢/١١٤، لسان العرب لابن منظور٨/٨١.

(٢) جمع عَتَد بفتحتين، وهو ما أعده الرجل من السلاح، والدواب، وآلة الحرب، وقيل: الخيل خاصة، يقال: فرس عتيد: أي صلب، أو معد للركوب، أو سريع الوثوب أقوال. النهاية لابن الأثير٣/١٧٦، فتح الباري لابن حجر٣/٣٣٣.

(٣) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب قوله تعالى: [وفي الرقاب]، ٢/١٢٩، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب تقديم الزكاة ومنعها، ٣/٦٨.

(٤) هو الفَتيُّ من الإبل، والبكرة الأنثى. المصباح المنير للفيومي ٠٢٣

(٥) رواه أبو داود في كتاب المناسك، باب العمرة سنن أبي داود٢/٢٠٤، ورواه ابن ماجة مختصراً عن أبي معقل في كتاب المناسك، باب العمرة في رمضان سنن ابن ماجة ٢/٩٩٦، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٦/٣٢ .

(٦) المغني لابن قدامة ٨/٢٣٢.

الحكم تبعاً مالا يثبت مقصوداً كالشِرْب[١] في البيع والبناء في الوقف .[٢]

دليل القول الثالث:(لا يصح وقف المنقول) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن الوقف إنما يراد للتأبيد ،والدوام ،وذلك لا يمكن إلا في العقار ،فلم يجز في غيره مما يتغير ،ولا يدوم .[٣]

الوجه الثاني:قالوا بقياس المنقول على الطيب ،فما دام أن الطيب لا يوقف ،فكذلك غيره من المنقول.[٤]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري ،والعلم عند الله ،هو القول بجواز وقف المنقول؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل ،والعقل .

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل ،فيجاب عنه :بأنه قياس في مقابلة النص .

ثالثاً : أما استدلالهم بالعقل في الوجه الأول فيجاب عنه : أن المنقولات التي يجوز وقفها هي قابلة للدوام ،كالعقار ،فجاز وقفها .

رابعاً :أما استدلالهم ~~أصحاب القول الثالث~~ بالعقل في الوجه الثاني ،فيقال :إنه قياس مع الفارق؛ فالطيب لا ينتفع به إلا باستهلاك عينه فلا يبقى ،بخلاف المنقول عموماً .[٥]

وبهذا يتضح أن وقف العقار ،والمنقول الذي يبقى ،ولا يزول عينه باستخدامه جائز ،فإذا صح ذلك لزم الواقف ما وقفه بحيث لا يصح تصرفه فيه بعد وقفه ذلك.

الشرط الثاني:أن يكون الوقف على التأبيد :

يتميز عقد الوقف بخروج الموقوف من يد واقفه خروجاً مؤبداً ،وذلك بخلاف غيره من العقود التي لا توجب الخروج للعين ،والمنفعة خروجاً مؤبداً ،كما في عقد العارية ،والإجارة ،حيث إن البذل فيها للمنافع مؤقت بمدة معينة ،وعلى هذا فإن كان خروج

---

(١)هو بكسر الشين:النصيب من الماء ،والمشربة بفتح الميم والراء الموضع الذي يشرب منه الناس. المصباح المنير للفيومي ١١٧ .

(٢)شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٠٠/٦.

(٣)المصدر السابق.

(٤)الذخيرة للقرافي٣١٢/٦.

(٥)المصدر السابق .

الوقف من يد واقفه بعينه، ومنفعته خروجاً مؤبداً فلا خلاف في صحته؛لأن ذلك يتفق مع المقصود من عقده، وهذا هو الأصل فيه.

أما إذا لم يتحقق التأبيد، وحصلت الوقفية على سبيل التأقيت، مثل أن يقول:وقفت داري هذه على المساكين سنة؛فإن العلماء رحمهم الله اختلفوا في صحة هذا الوقف على قولين:

القول الأول:أن الوقف يشترط فيه أن يكون على التأبيد، وهو مذهب الحنفية،[1] والشافعية[2]، والحنابلة،[3] رحمهم الله .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما الذي يرجع إلى نفس الوقف، فهو التأبيد، وهو أن يكون مؤبداً، حتى لو وقّت لم يجز؛لأنه إزالة الملك لا إلى حد، فلا تحتمل التوقيت؛كالإعتاق][4]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[أن تكون مسبَّلة، مؤبدة، لا تنقطع، فإن قدَّره بمدة، بأن قال:وقفت داري على زيد سنة لم يجز][5]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله:داري وقف إلى سنة، أو إلى أن يقدم الحاج، لم يصح في أحد الوجهين .][6]اهـ

القول الثاني: أن الوقف لا يشترط فيه أن يكون على التأبيد، وهو مذهب المالكية،[7] وقول عند الشافعية،[8] والحنابلة في وجه،[9] رحمهم الله.

قال الشيخ أحمد بن محمد الدردير المالكي رحمه الله:[ولا يشترط فيه التأبيد، بل يجوز وقفه سنة، أو أكثر لأجل معلوم، ثم يرجع ملكاً له، أو لغيره ..][10]اهـ

---

(١)الاختيار للموصلي٣/٤٢، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/٣٤٩.

(٢)روضة الطالبين للنووي٥/٣٢٥.

(٣)الإنصاف للمرداوي٧/٣٥.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني٦/٢٢٠ .

(٥)الحاوي الكبير للماوردي ٧/٥٢١ .

(٦)المغني لابن قدامة٨/٢١٧.

(٧)مواهب الجليل للحطاب٦/٢٨، حاشية الدسوقي ٤/٨٧ .

(٨)روضة الطالبين للنووي٥/٣٢٥، فتح الباري لابن حجر٥/٤٠٢.

(٩)المغني لابن قدامة٨/٢١٧.

(١٠)بلغة السالك للصاوي٢/٣٠٠.

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله :[لو قال:وقفت هذا سنة،فالصحيح الذي قطع به الجمهور أن الوقف باطل،وقيل:يصح،وينتهي بانتهاء المدة] [١] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله:داري وقف إلى سنة،أو إلى أن يقدم الحاج، لم يصح في أحد الوجهين .][٢]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (يشترط في الوقف التأبيد) استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضاً بخيبر،فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها . فقال يا رسول الله:إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه فما تأمرني به ؟ قال:إن شئت حبَّست أصلها،وتصدقت بها،قال:فتصدق بها عمر رضي الله عنه أنه لا يباع،ولا يوهب،ولا يورث).الحديث [٣]

وجه الدلالة في قول المصطفى صلى الله عليه وسلم: (حبَّست أصلها،وتصدقت بها)فإنه دال على الوقف المؤبد حيث لم يؤقت النبي صلى الله عليه وسلم ذلك التحبيس بمدة،فدل على أن الأصل في الوقف أن يكون مؤبداً.

أما دليلهم من العقل فالقياس حيث قالوا : لا يجوز الوقف إلى مدة،كما لا يجوز العتق إلى مدة ،بجامع أن كلا منهما إزالة ملك قربة إلى الله تعالى. [٤]

دليل القول الثاني: (لا يشترط في الوقف التأبيد)استدلوا بالعقل فقالوا :إنه لما جاز للواقف أن يتقرب بكل ماله،وببعضه،جاز له أن يتقرب به في كل الزمان،وفي بعضه. [٥]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول باشتراط أن يكون الوقف على التأبيد،غير محدد بمدة؛وذلك لما يأتي:

---

(١)روضة الطالبين للنووي٥/٣٢٥.

(٢)المغني لابن قدامة٨/٢١٧.

(٣)تقدم تخريجه ص ٢٦٦.

(٤)الحاوي الكبير للماوردي ٧/٥٢١،المغني لابن قدامة ٨/٢١٧ .

(٥)الحاوي الكبير للماوردي٧/٥٢١.

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه بجوابين:

الأول: أن هذا قياس في مقابل النص، ولا قياس مع النص.

الثاني: أن هذا قياس مع الفارق؛ ذلك أن من وقف بعض ماله لم يكن فيه رجوع في وقفه، بخلاف من وقف ماله بعض الوقت، ففيه رجوع عن الوقف.[١]

ثالثاً: أن في العارية مخرجاً من الوقف المؤقت، فإذا كان يريد الوقف لمدة محددة، فليعر تلك العين هذه المدة، أما الوقف فالأصل محبوس بالوقف، ولا يتصرف فيه ببيع، ولا هبة، ولا غيره كما دلت عليه السنة.

الشرط الثالث: أن يكون الوقف منجّزاً:

المراد بالتنجيز أن يكون معجلاً حاضراً، غير مرتبط بحدوث شيء ما، وعلى هذا فإنه لا يصح أن يكون الوقف معلقاً، سواء كان معلقاً على شرط، أو أجل، فلو أنه قال: وقفت داري إذا ولد لي ولد، أو قال: إذا جاء غد، أو جاء رأس الشهر، وقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في اشتراط هذا الشرط على قولين:

القول الأول: لا يشترط التنجيز، فلو علقه على أمر مستقبل لصح، وهو مذهب المالكية،[٢] ورواية عند الحنابلة،[٣] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [ولا يشترط أيضاً التنجيز، بل لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد وقفت صح؛ إن بقيت العين المشار إليها بالوقف إلى رأس الشهر..][٤] اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله بعد أن ذكر أن المذهب هو تنجيز الوقف: [وقيل: يصح][٥] اهـ

القول الثاني: يشترط في الوقف أن يكون ناجزاً، وهو مذهب

(١) المصدر السابق.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٨٧.

(٣) المحرر في الفقه لمجد الدين ابن تيمية ١/٣٦٩.

(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/٤٠ ، الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٦.

(٥) الإنصاف للمرداوي ٧/٢٣.

الحنفية،[١] والشافعية،[٢] الحنابلة،[٣] رحمهم الله.

قال الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله:[كقوله:إذا جاء غد،أو إذا جاء رأس الشهر،أو إذا كلمت فلاناً،فأرضي هذه صدقة موقوفة،أو إن شئت،أو أحببت يكون الوقف باطلاً][٤]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[الشرط الثاني:التنجيز،فلو قال:وقفت على من سيولد لي،أو على مسجد سيبنى ..،وفيه طريقان: أحدهما :القطع بالبطلان،والمذهب هنا :البطلان ..][٥]اهـ

وقال الإمام موفق الدين ابن قدامة الحنبلي:[الرابع:أن يقف ناجزاً،فإن علقه على شرط لم يصح..][٦]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (لا يشترط التنجيز)استدلوا بالعقل فقالوا :بقياس الوقف على العتق،بجامع أن كلاً منهما بغير عوض،فإذا صح العتق المعلق،فكذلك يصح الوقف المعلق.[٧]

دليل القول الثاني: (يشترط التنجيز) استدلوا بالعقل فقالوا :إن الوقف نقل للملك فيما لم يبن على التغليب،والسراية،فلم يجز تعليقه بشرط في الحياة،كالهبة.[٨]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله هو القول بعدم اشتراط التنجيز في الوقف؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

---

(١)الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي٤/٣٤١.

(٢)منهاج الطالبين للنووي ٢/٥٢١.

(٣)الإنصاف للمرداوي ٧/٢٣.

(٤)حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/٣٤١.

(٥)روضة الطالبين للنووي٥/٣٢٧.

(٦)المقنع لابن قدامة٢/٣١٣.

(٧)الذخيرة للقرافي٦/٣٢٦.

(٨)المغني لابن قدامة٨/٢١٧،كشاف القناع للبهوتي٤/٢٥٠.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بالقياس فيجاب عنه بأن قياس الوقف على العتق أقوى من قياسه على الهبة؛لأن الوقف، والعتق يشتركان في كون كل منهما إخراجاً للملك لله تعالى بخلاف الهبة.

الشرط الرابع:أن لا يوقف على نفسه:

الأصل أن الواقف يريد التقرب إلى الله تعالى بوقفه، ابتغاء وجه المولى سبحانه،وذلك يقتضي أن يخرج الموقوف حتى لا يعود عليه منه شيء سوى الحصول على الأجر،والمثوبة من الله سبحانه وتعالى،فإن ترتب على وقفه أنه يعود عليه فلا يخلو هذا من حالتين:

الحالة الأولى:أن يوقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملتهم،مثل أن يوقف مسجداً فله أن يصلى فيه،أو مقبرة فله الدفن فيها،أو بئراً للمسلمين فله أن يستقي منها،أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كأحدهم،فهذا اتفق أهل العلم رحمهم الله على جوازه،قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله بعد ذكر ذلك:[لا نعلم في هذا كله خلافاً][1] اهـ

الحالة الثانية:أن يكون وقفه على نفسه خاصة،فلا يشتمل على إشراك الغير بحيث يكون نفع ذلك الموقوف عائداً عليه وحده،فهذا قد اختلف أهل العلم رحمهم الله في جوازه على قولين:

القول الأول:أنه لا يصح،وهو مذهب المالكية،[2] والشافعية،[3] والحنابلة[4]،وقول محمد من الحنفية،[5] رحمهم الله.

قال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله:[يمتنع وقف الإنسان على نفسه،وقاله الأئمة ..] [6] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[وإن وقف على نفسه لم يجز ..][7] اهـ

---

(١)المغني لابن قدامة ١٩١/٨ ،الحاوي الكبير للماوردي ٥٢٥/٧ .

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣٥/٣ .

(٣)روضة الطالبين للنووي٣١٨/٥.

(٤)المغني لابن قدامة ١٩٤/٨.

(٥)الهداية للمرغيناني١٨/٣.

(٦)الذخيرة للقرافي ٣١١/٦.

(٧)الحاوي الكبير للماوردي ٥٢٥/٧ .

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ولا يصح على نفسه في إحدى الروايتين][(١)] اهـ وقال الإمام علاء الدين المرداوي رحمه الله بعد بيانه للقول بعدم صحة وقف الإنسان على نفسه: [وهو المذهب، وعليه أكثر الأصحاب][(٢)] اهـ

وقال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئاً؟ عند أبي يوسف ليس بشرط، وعند محمد شرط ..] [(٣)] اهـ

القول الثاني: أنه يصح وقفه على نفسه، وهو قول أبي يوسف من الحنفية،[(٤)] ووجه عند الشافعية،[(٥)] والرواية الأخرى عند الحنابلة،[(٦)] رحمهم الله .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وهل يشترط أن لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئاً عند أبي يوسف ليس بشرط، وعند محمد شرط ..] [(٧)] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله: [في وقف الإنسان على نفسه وجهان: أصحهما: بطلانه، وهو المنصوص، والثاني: يصح] اهـ [(٨)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ولا يصح على نفسه في إحدى الروايتين][(٩)] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (لا يصح الوقف) استدلوا بالنقل، والعقل .

أما دليلهم من النقل: فما تقدم من حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (حبست الأصل، وتصدقت بها).

ووجه الدلالة: أنه إذا تصدق بها امتنع أن يكون له فيها حق .

---

(١) المقنع لابن قدامة ٢/٣١١.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٧/١٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٢٠.

(٤) الهداية للمرغيناني ٣/١٨.

(٥) روضة الطالبين للنووي ٥/٣١٨.

(٦) المغني لابن قدامة ٨/١٩٤.

(٧) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٢٠.

(٨) روضة الطالبين للنووي ٥/٣١٨.

(٩) المقنع لابن قدامة ٢/٣١١.

وأما دليلهم من العقل:فمن أربعة أوجه:

الوجه الأول:أن الوقف صدقة ولا تصح صدقة الإنسان على نفسه .

الوجه الثاني:أن الوقف عقد يقتضي زوال الملك،فصار كالبيع،والهبة،فلما لم تصح مبايعة نفسه،ولا الهبة لها لم يصح الوقف عليها .

الوجه الثالث:أن استثناء منافع الوقف لنفسه،كاستثنائه في العتق بعض أحكام الرق لنفسه،فلما لم يجز هذا في العتق لم يجز مثله في الوقف .

الوجه الرابع:أن الوقف يوجب إزالة ملك باستحداث غيره،وهو إذا وقف على نفسه لم يزل بالوقف ملكاً،ولم يستحدثه.[1]

دليل القول الثاني:(يصح الوقف)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل:فقد استدلوا بالأثر من وجهين:

الوجه الأول:ما جاء في وقف أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه:أنه شرط في وقفه،لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف،وكان يلي أمر وقفه بنفسه.[2]

الوجه الثاني:أن أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه حينما وقف بئر رومه،[3]اشترط فيها أن يكون دلوه كدلاء المسلمين.[4]

وأما دليلهم من العقل فقالوا :إنه إذا وقف وقفاً عاماً كالمسجد،والساقيات، والمقابر،كان له الانتفاع به فكذلك هاهنا.[5]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله هو القول بعدم صحة وقف الإنسان على نفسه؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل،والعقل .

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ٥٢٥/٧.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٢٢٠/٦.

(٣)هي بئر في أسفل وادي العقيق، حلوة الماء،وقد خربت وانطمت، .وفاء الوفاء للسمهودي٩٧١/٣.

(٤)رواه البخاري في كتاب المساقاة،باب في الشرب،ومن رأى صدقة الماء،صحيح البخاري ٧٤/٣،ينظر:الحاوي الكبير للماوردي٥٢٥/٧.

(٥)المغني لابن قدامة ١٩٢/٨.

أولاً: صحته ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلالهم بوقف عمر رضى الله عنه، فيقال في الجواب عنه: إن أكل عمر من وقفه لم يكن مقصوراً عليه، بل كان مع غيره، فكان كالوقف على الجماعة، أو يكون أكله في مقابل قيامه عليه لقوله رضي الله عنه: (لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف).[١]

ثالثاً: أما استدلالهم بوقف عثمان رضى الله عنه، فيجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أن الماء على أصل الإباحة، لا يملك بالإجازة، فلم يقف ما اشترطه لنفسه من البئر شيئاً، ولو لم يذكر ذلك لكان دلوه فيها كدلاء المسلمين، وإنما ذكر هذا الشرط ليعلمهم أنه لم يستأثر بها دونهم، وأنه فيها كأحدهم.[٢]

الوجه الثاني: أنه من قبيل الوقف العام، فيكون خارجاً عن محل النزاع، ويجوز أن يدخل في العموم، ما لا يدخل في الخصوص؛ فإنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي في مساجد المسلمين ولا يجوز أن يخص بالصدقة.[٣]

رابعاً: أما استدلالهم بالعقل فالجواب عنه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الوقف العام لا تختص ملكيته به؛ لأنه يشاركه غيره، ولذلك جاز، بخلاف الوقف الخاص بالنفس فإنه لا يشاركه فيه غيره، و لا يخرج الملكية فلم يصح به الوقف.

الشرط الخامس: القبول ممن وقف عليه:

القبول أحد طرفي الصيغة، التي هي أحد أركان لزوم العقد[٤]، فلا يكون هناك إلزام ما لم يكن هناك ما يدل على القبول، وفي الوقف يصدر الإيجاب من الواقف، إلا أن الجهة الموقوف عليها، والتي يصدر الإيجاب منها في العادة لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون جهة عامة: كأن يوقف على الفقراء، أو المساكين، أو المساجد، ونحوهم من الجهات العامة التي يتعذر معرفة القبول من جميعها، فهنا لا يشترط

---

(١) الذخيرة للقرافي ٦/٣١١.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٥٢٥.

(٣) الذخيرة للقرافي ٦/٣١١.

(٤) ينظر ص ١٣٤.

القبول عند الجمهور، رحمهم الله[١]، أما الحنفية رحمهم الله فيرون أنه لا بد من الإفراز، أو تسليمه للمتولي.[٢]

الحالة الثانية: أن يكون الوقف على آدمي معين: كأن يوقف على زيد من الناس، أو على ولده، ونحو ذلك، ففي اشتراط القبول من الموقوف عليهم قولان:

القول الأول: أنه لا يشترط القبول من الموقوف عليهم للزوم العقد، وهو مذهب الحنابلة،[٣] ووجه عند الشافعية،[٤] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وإن كان الموقوف عليه آدمياً معيناً.. ،فهل يشترط قبوله، أم لا يشترط ؟ فيه وجهان، أطلقهما المصنف هنا، أحدهما: لا يشترط، وهو المذهب.. ،والوجه الثاني: يشترط] اهـ[٥]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [وإن كان الوقف على شخص أو جماعة معينين فوجهان، أصحهما عند الإمام، وآخرين اشتراط القبول] اهـ[٦]

القول الثاني: أنه يشترط القبول من الموقوف عليهم للزوم العقد، وهو مذهب الحنفية،[٧] والمالكية،[٨] وأصح الوجهين عند الشافعية،[٩] ووجه عند الحنابلة،[١٠] رحمهم الله.

قال الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله: [لا يشترط قبول الموقوف عليه لو غير معين كالفقراء، فلو لشخص بعينه، وآخره للفقراء اشترط قبوله في حقه][١١] اهـ

---

(١)عقد الجواهر الثمينة ٣٢/٣، روضة الطالبين للنووي٣٢٤/٥، المغني لابن قدامة١٨٧/٨.

(٢)حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣٤٨/٤.

(٣)الإنصاف للمرداوي ٢٦/٧.

(٤)روضة الطالبين للنووي ٣٢٤/٥.

(٥)الإنصاف للمرداوي٢٦/٧.

(٦)روضة الطالبين للنووي٣٢٤/٥.

(٧)حاشية رد المحتار لابن عابدين٣٤٢/٤.

(٨)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٣٢/٣.

(٩)روضة الطالبين للنووي٣٢٤/٥.

(١٠)المغني لابن قدامة١٨٧/٨.

(١١)حاشية رد المحتار لابن عابدين٣٤٢/٤.

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[و لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله:إلا إذا كان معيَّناً] اهـ [١]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[وإن كان الوقف على شخص، أو جماعة معينين فوجهان:أصحهما عند الإمام، وآخرين:اشتراط القبول] اهـ [٢]

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وإن كان الموقوف عليه آدمياً معيناً.. فهل يشترط قبوله، أم لا يشترط ؟ فيه وجهان:أطلقهما المصنف هنا، أحدهما:لا يشترط وهو المذهب.. ،والوجه الثاني:يشترط] اهـ [٣]

الأدلة:

دليل القول الأول:(لا يشترط القبول)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أنه أحد نوعي الوقف فلم يشترط له القبول، كالنوع الآخر .

الوجه الثاني:أن الوقف إزالة ملك يمنع البيع، والهبة، والميراث، فلم يعتبر فيه القبول كالعتق، وبهذا فارق الهبة، والوصية. [٤]

دليل القول الثاني:(يشترط القبول)استدلوا بالعقل، فقالوا:إن الوقف تبرع لآدمي معين، فكان من شرطه القبول، كالهبة، والوصية، يحققه أن الوصية إن كانت لآدمي معين وقفت على قبوله، وإذا كانت لغير معين، أو لمسجد لم تفتقر إلى قبول، كذا هنا. [٥]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم اشتراط القبول؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً:أما ما استدل به أصحاب القول الثاني فيجاب بوجود الفرق بين الوقف، والهبة، والوصية، فلا يقاس بعضها على بعض، ووجه الفرق أن الوقف لا يختص بالمعين، بل يتعلق به حق

---

(١)عقد الجواهر الثمينة ٣٢/٣.

(٢)روضة الطالبين للنووي٣٢٤/٥.

(٣)الإنصاف للمرداوي٢٦/٧.

(٤)المغني لابن قدامة١٨٨/٨.

(٥)المصدر السابق .

من يأتي من البطون في المستقبل، فيكون الوقف على جميعهم، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم، ولا يقف على قبوله، والوصية، والهبة بخلاف ذلك.[١]

ويستخلص مما سبق أن عقد الوقف يلزم بمجرد التلفظ به؛ إذا توفرت فيه الشروط التالية:

أولاً: أن يكون الموقوف منتفعاً به على الدوام مع بقاء عينه سواء كان ثابتاً، أو منقولاً.

ثانياً: أن يكون الوقف على التأبيد فلا يصح إذا كان محدداً بمدة .

ثالثاً: أن لا يوقف على نفسه.

فإذا توفرت في الوقف هذه الشروط فإن الوقف ينعقد في جانب الواقف على صفة لازمة، بحيث لا يكون في مقدوره أن يرجع في وقفه الذي تقرب به إلى الله تعالى، فإذا كان المكلف يريد أن يجعل لنفسه الحرية في الرجوع فيما أخرجه لله تعالى فله فعل ذلك في الوصية، لا في الوقف، لأن للمسلم أن يغير في وصيته أو يرجع فيها ما دام على قيد الحياة، فبالوصية يخرج المسلم من لزوم ما تبرع به[٢]، فلله الحمد على تيسره ورفعه للحرج عن هذه الأمة.

---

(١) المصدر السابق .

(٢) ينظر ص ٣٧٧.

المطلب الرابع

التدبير

تعريف التدبير:

في اللغة مأخوذ: من الدُبُر، وهو عقب كل شئ، ومؤخَّره، ومنه يقال لآخر الأمر: دبر، يقال: جئتك دبر الشهر، أي آخره. (١)

وفي الاصطلاح: عتق يعلقه السيد بموته. (٢)

ومن أمثلته أن يقول السيد لعبده: إذا مت فأنت حر، أو يقول: أنت حر بعد موتي، أو يقول: أنت مدبر، فإنه يعتق عليه بموته.

مشروعية التدبير:

الأصل في جواز التدبير السنة، والإجماع.

أما السنة: فحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلاً أعتق مملوكا له عن دبر، فاحتاج، فقال رسول صلى الله عليه وسلم: (من يشتريه مني ؟) فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم، فدفعها إليه، وقال: أنت أحوج منه). (٣)

وأما الإجماع على جوازه فقد نقله الإمام ابن المنذر رحمه الله بقوله: [وأجمعوا على أن من دبر عبده، أو أمته، ولم يرجع عن ذلك حتى مات، فالمدبر يخرج من ثلث ماله] اهـ (٤)

أنواع التدبير:

عقد التدبير الذي يصدر من السيد لعبده قد يكون معلقاً على أمر، وقد يكون مطلقاً، وبيان هذين النوعين فيما يأتي:

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٣٢٤، لسان العرب لابن منظور ٤/٢٦٨، المصباح المنير للفيومي ٧٢.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٨/١٠٠، مغني المحتاج للشربيني ٤/٦٤٥، ينظر الهداية للمرغيناني ٢/٦٧، المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/١٤٨١، المغني لابن قدامة ١٤/٤١٢.

(٣) متفق عليه، صحيح البخاري كتاب البيوع، باب بيع المزايدة ٣/٢٤، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ٣/٧٨.

(٤) الإجماع لابن المنذر ١٣٤، بداية المجتهد لابن رشد ٦/٣، المغني لابن قدامة ١٤/٤١٢.

النوع الأول:التدبير المعلق:وهو أن يجعل عتق عبده معلقاً،ومرتباً على وقوع أمر من الأمور،فإذا علق تدبير عبده على أمر،وكان خاصاً،أو على صفة مشروطة،ووقعت على وفق الشرط فالعبد مدبر،والسيد ملزم بتدبيره.

فمثال التعليق على الأمر الخاص: أن يقول:إذا قدمت من سفري هذا،فأنت حر بعد موتي،فإن قدم من سفره المسمى،لزم التدبير المعلق.

ومثال المعلق على الصفة المشروطة: أن يقول: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي،فإنه إذا حصل منه الدخول المشروط لزم السيد التدبير المعلق،وعتق العبد عليه بعد موته.

النوع الثاني:التدبير المطلق:وذلك بأن يدبر عتق عبده على موته من غير أن يكون هناك شرط،كأن يقول:أنت حر بعد موتي،فإذا مات السيد في أي وقت،وعلى أي صفة عتق العبد.[1]

لزوم عقد التدبير للسيد:

التدبير من العقود التي تكون لازمة لطرف واحد وهو هنا السيد،فإذا دبر السيد عبده سواء كان معلقاً أو مطلقاً،فحصل الشرط في المعلق،والموت في المطلق،فإن العتق يلزمه،ويحكم بحرية العبد به،لكن اختلف أهل العلم رحمهم الله في حكم رجوع السيد عن تدبيره قبل وقوع الشرط أو الموت،وهذا الخلاف بين العلماء رحمهم الله راجع إلى أن رجوع السيد عن تدبيره إما أن يكون بالقول،أو بالفعل،ولكل منهما حكم يخصه،وبيانه فيما يلي:

حكم الرجوع عن التدبير بالقول:

المراد بالرجوع عن التدبير بالقول أن يتلفظ السيد برجوعه عن تدبيره،كأن يقول:أبطلت،أو فسخت،أو رجعت،ونحوها،وقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول:أن السيد لا يحق له الرجوع بالقول عن تدبيره،وهو مذهب الحنفية،[2] والمالكية،[3] الحنابلة،[4] وأحد القولين في الجديد عند الشافعية،[5] رحمهم الله.

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ١٠١/١٨،المغني لابن قدامة ٤١٤/١٤.

(٢)الاختيار للموصلي٢٩/٤.

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٤٨١/٣.

(٤)الإنصاف للمرداوي ٤٣٤/٧.

(٥)الحاوي الكبير للماوردي١١٢/١٨،روضة الطالبين للنووي ١٩٤/١٢.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[ثم لا يجوز بيعه، ولا هبته، ولا إخراجه عن ملكه، إلا إلى الحرية][(١)]اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[ولا يجوز بيع المدبر، ولا إبطال تدبيره][(٢)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً؛ فالصحيح أنه لا يبطل..، والثانية يبطل][(٣)]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[وقال في قوله الثاني في الجديد: إنه يجري مجرى الأيمان، والعتق بالصفات، وهو اختيار أكثر المتأخرين من أصحاب الشافعي، ليكون له الرجوع في تدبيره فعلاً، بإخراجه عن ملكه، ولا يكون له الرجوع في تدبيره قولاً، مع بقائه على ملكه][(٤)]اهـ

القول الثاني: أن السيد يحق له الرجوع بالقول عن تدبيره، وهو القول القديم، وأحد القولين في الجديد عند الشافعية،[(٥)] ورواية عند الحنابلة،[(٦)] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[فقال في القديم، وأحد قوليه في الجديد: إنه يجري مجرى الوصايا..، ليكون له الرجوع في تدبيره فعلاً، بإخراجه عن ملكه، وقولاً، مع بقائه على ملكه] اهـ [(٧)]

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وعنه: يبطل، كالوصية] اهـ [(٨)]

الأدلة:

دليل القول الأول:(أن التدبير لا يبطل بالرجوع عنه بالقول)استدلوا بالنقل، والعقل:

---

(١)الهداية للمرغيناني ٢/٦٧.

(٢)التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٥٢٧.

(٣)المغني لابن قدامة ١٤/٤٢٢.

(٤)الحاوي الكبير للماوردي ١٨/١١٢.

(٥)مغني المحتاج للشربيني ٤/٦٤٩.

(٦)المغني لابن قدامة ١٤/٤٢٢.

(٧)الحاوي الكبير للماوردي ١٨/١١٢.

(٨)الإنصاف للمرداوي ٧/٤٣٤ .

أما دليلهم من النقل:فقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١].

وجه الدلالة:أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود،وهذا عام يشمل جميع العقود،فيدخل في هذا العموم التدبير،فيكون لازماً على السيد،يجب الوفاء به إذا تلفظ به،وأوجبه على نفسه.

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:أن التدبير،تعليق للعتق بصفة،فلا يبطل،كما لو قال:إن دخلت الدار فأنت حر.[1]

الوجه الثاني:أن عتق المدبر معلق بموت سيده على الإطلاق،كأم الولد.[2]

دليل القول الثاني:(أن التدبير يبطل بالرجوع عنه بالقول)استدلوا بالعقل فقالوا:إن السيد جعل لعبده نفسَهُ بعد موته،فكان ذلك وصية،فجاز الرجوع فيه بالقول،كما لو وصى له بعبد آخر.[3]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بعدم جواز إبطال التدبير بالقول،وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول .

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بالقياس على الوصية فيجاب:بأنه لا يصح القياس على الوصية؛لأنه لا يملك نفسه،وإنما تحصل فيه الحرية،ويسقط عنه الرق،ولهذا لا تقف الحرية على قبوله،ولا اختياره،وتتنجز عقيب الموت،كتنجزها عقيب سائر الشروط،ولأنه غير ممتنع أن يجمع الأمرين،فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع،ويجتمعان في حصول العتق بالموت.[4]

---

(١)المغني لابن قدامة ٤٢٢/١٤.

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٤٨١/٣.

(٣)المغني لابن قدامة ٤٢٢/١٤.

(٤)المصدر السابق.

فتبين مما سبق أن التدبير يلزم السيد بمجرد تلفظه، فإن كان مطلقاً عارياً عن الشرط عتق بموت سيده الذي دبره، وإن كان معلقاً على شرط فتحقق ثم مات السيد، فإن العبد يعتق لتحقق الشرط .

حكم رجوع السيد عن التدبير بالفعل:

اختلف أهل العلم رحمهم الله تعالى في حكم رجوع السيد عن تدبيره بالفعل قبل وقوع الشرط أو الموت، ومثاله أن يبيع السيد عبده قبل موته، أو يهبه لغيره، ونحو ذلك من التصرفات، وذلك على أربعة أقوال:

القول الأول:أن للسيد أن يبيع عبده المدبر، إذا كان محتاجاً، كأن يكون فقيراً لا يملك شيئاً، أو يكون مديناً، وهو رواية عن الإمام أحمد، [١] رحمه الله.

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وروي عن أحمد أنه قال: أنا أرى بيع المدبر في الدين، وإذا كان فقيراً لا يملك شيئاً] اهـ[٢]

القول الثاني:أن السيد له أن يتصرف في المدبر مطلقاً، سواء كان محتاجاً إلى ذلك، أم لم يكن محتاجاً، وهو مذهب الشافعية، [٣] والحنابلة، [٤] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [مذهب الشافعي: أن بيعه جائز في الأحوال كلها في دين، وغير دين] اهـ [٥]

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله عند بيان قول الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: (وله بيع المدبر، وهبته): [هذا المذهب مطلقاً، بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب] اهـ [٦]

القول الثالث:ليس للسيد أن يتصرف في مدبره مطلقاً، سواء كان محتاجاً، أم لا، وهو

---

(١)الإنصاف للمرداوي ٤٣٨/٧.

(٢)المغني لابن قدامة ٤٢٢/١٤.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي ١٠٢/١٨، مغني المحتاج للشربيني ٦٤٨/٤.

(٤)المغني لابن قدامة ٤١٩/١٤، الإنصاف للمرداوي ٤٣٧/٧.

(٥)الحاوي الكبير للماوردي ١٠٢/١٨.

(٦)الإنصاف للمرداوي ٤٣٧/٧.

مذهب المالكية،[١] ورواية عند الحنابلة،[٢] رحمهم الله.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله:[قال مالك..ليس للسيد أن يبيع مدبَّره] اهـ[٣]

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وعنه:لا يجوز بيعه مطلقا] اهـ[٤]

القول الرابع:التفريق بين التدبير المطلق،والتدبير المعلق،فالمطلق ليس للسيد أن يتصرف فيه ببيع،ولا هبة،والمعلق للسيد أن يتصرف فيه،وهو مذهب الحنفية،[٥] رحمهم الله.

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله:[وإذا صح التدبير لا يجوز إخراجه عن ملكه إلا بالعتق...،وإن قال له:إن مت من مرضي هذا..فهو تعليق،وهو التدبير المقيد يجوز بيعه] اهـ[٦]

الأدلة:

دليل القول الأول:(للسيد بيعه للحاجة)استدلوا بالنقل،وهو حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر،فاحتاج،فقال رسول صلى الله عليه وسلم: (من يشتريه مني؟) فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم،فدفعها إليه وقال:أنت أحوج منه).[٧]

ووجه الدلالة:أن رسول صلى الله عليه وسلم باع المدبر لحاجة السيد ،بدليل قوله في آخر الحديث (أنت أحوج منه).[٨]

دليل القول الثاني:(أن السيد له بيعه مطلقاً) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن التدبير عتق بصفة ثبت بقول المعتق،فلم يمنع البيع،كما لو قال:إن

---

(١)المعونة للقاضي عبدالوهاب٣/١٤٨١،الكافي لابن عبدالبر٢/٩٨٢.

(٢)الإنصاف للمرداوي ٧/٤٣٨.

(٣)بداية المجتهد لابن رشد٦/٧.

(٤)الإنصاف للمرداوي٧/٤٣٨.

(٥)الاختيار للموصلي٤/٢٩،الهداية للمرغيناني٢/٦٧،شرح فتح القدير لابن الهمام٥/١٧.

(٦)الاختيار للموصلي٤/٢٩،٣٠.

(٧)تقدم تخريجه ص ٢٩٢.

(٨)بداية المجتهد لابن رشد٦/٧.

دخلت، فأنت حر. [(١)]

الوجه الثاني:أن التدبير تبرع بمال بعد الموت،فلم يمنع البيع في الحياة،كالوصية. [(٢)]

دليل القول الثالث:(لا يصح بيعه مطلقاً)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب،والسنة.

أما الكتاب:فقوله تعالى:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١].

وجه الدلالة:أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود،وهذا عام يشمل جميع العقود،فيدخل في هذا العموم التدبير،فيكون لازماً على السيد،إذا تلفظ به،وأوجبه على نفسه،فلا يجوز له الرجوع؛ لمخالفته للآية الآمرة بالوفاء بالعقود.

وأما السنة:فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول صلى الله عليه وسلم قال:(المدبَّر لا يباع،ولا يوهب) . [(٣)]

وجه الدلالة:أن المصطفى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعه،والنهى يقتضي التحريم، فدل على عدم جواز التصرف فيه.

أما دليلهم من العقل فقالوا:إن المدبر مستحق العتق بموت سيده فأشبه،أم الولد. [(٤)]

دليل القول الرابع:(التفريق بين المطلق،والمقيد)استدلوا بحديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم.

وأما التفريق بين مطلق التدبير،ومقيده،فقد استدلوا بالعقل فقالوا:إن التدبير المقيد لم ينعقد سببه في الحال لتردد في تلك الصفة،أما المطلق،فهو معلق بمطلق الموت،وهو كائن لا محالة. [(٥)]

---

(١)المغني لابن قدامة١٤/٤٢٠.

(٢)المصدر السابق

(٣)رواه الدار قطني،في كتاب المكاتب ،سنن الدار قطني ٤/١٣٨، وقال لم يسنده غير عبيده بن حسان وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوفاً من قوله،والبيهقي،وقال:الصحيح عن ابن عمر من قوله موقوفاً،وقد روي مرفوعاً بإسناد ضعيف،السنن الكبرى للبيهقي١٠/٣١٤،وقال الألباني في إرواء الغليل موضوع٦/١٧٧.

(٤)المغني لابن قدامة١٤/٤٢٠.

(٥)الهداية للمرغيناني٢/٦٨.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله تعالى، هو القول بجواز الرجوع في التدبير بالبيع في حال الحاجة، دون غيرها؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه: بأن هذا قياس، ولا قياس مع النص، وقد ورد الحديث ببيع المدبر في الحاجة، فلا يتجاوز به موضوع الحاجة، فيكون ذلك القياس فاسد الاعتبار[1].

ثالثا: أما استدلال أصحاب القول الثالث بعموم الآية، فيقال: يسلم لكم بعمومها، لكن خصص رسول الله صلى الله عليه وسلم بفعله ذلك العموم، حيث باع المدبر لحاجة سيده، فتكون هذه الحالة مستثناة من هذا العموم.

رابعا: أما استدلالهم بحديث ابن عمر رضي الله عنهما، فيقال: إن هذا الحديث ضعيف كما تقدم[2].

خامسا: أما استدلالهم بالعقل، فيجاب عنه: بأنه قياس في مقابل النص، فيكون فاسد الاعتبار.

سادسا: أما استدلال أصحاب القول الرابع في التفريق بين المطلق، والمقيد، فيجاب عنه: بأن النص الوارد في جواز بيعه للحاجة عام، ولم يفرق بين نوعي التدبير، فيبقى على عمومه.

وبهذا يظهر أن عقد التدبير من العقود التي تلزم السيد، فلا يصح رجوعه عن تدبيره بعد صدوره منه، وتلفظه به، سواء كان الرجوع قوليا، أو فعليا، أما إذا كانت هناك حاجة تستدعي هذا الرجوع من فقر السيد، أو وجود دين عليه فرجع، فإنه يحكم باعتبار رجوعه سالبا من سوالب اللزوم في عقد التدبير، كما سيأتي بيانه إن شاء الله في سوالب اللزوم.[3]

---

(١) فساد الاعتبار: هو أحد القوادح التي يرد بها القياس، وهو: أن يكون القياس مخالفا للنص، أو الإجماع، سمي بذلك: لأن اعتبار القياس مع النص، أو الإجماع، اعتبار له مع دليل أقوى منه، وهو اعتبار فاسد، نزهة الخاطر العاطر لابن بدران ٢/٣٤٩.

(٢) ينظر ص ٢٩٩.

(٣) ينظر ص ٦٤٦.

المطلب الخامس

الأمان

تعريف الأمان:

في اللغة: اسم من أمن، يأمن، أمناً، والأمن: ضد الخوف، يقال: استأمنه، إذا طلب منه الأمان، وأستأمن إليه، دخل في أمانه، والمأمن: موضع الأمن، والأمِن بكسر الميم، هو المستجير ليأمن على نفسه.[(١)]

وفي الاصطلاح: رفع استباحة دم الحربي، ورقه، وماله حين قتاله، أو العزم عليه، مع استقراره تحت حكم الإسلام مدة ما .[(٢)]

فعقد الأمان يكون من مسلم لكافر، يكف بموجبه المسلم عن قتل هذا الكافر، أو استعباده أو أسره، أو استحلال ماله، فإذا زال هذا العقد حل للمسلم كل ذلك .

مشروعية الأمان:

الأصل في جواز الأمان، الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَـٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ ﴾ [التوبة:٦].

وأما السنة: فحديث أم هانئ رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ ..).[(٣)]

وأما الإجماع فقد نقل الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله إجماع العلماء رحمهم الله على مشروعيته.[(٤)]

لزوم عقد الأمان في جانب المسلم:

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٢١/١٣، المصباح المنير للفيومي ١٠.

(٢) بلغة السالك للصاوي ٣٥٩/١، مغني المحتاج للشربيني ٢٩٦/٤.

(٣) رواه البخاري، كتاب الجزية والموادعة، باب أمان النساء وجوارهن، صحيح البخاري ٦٧/٤.

(٤) المغني لابن قدامة ٧٩/١٣.

إذا بذل أحد المسلمين الأمان لكافر، فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أنه لا يجوز الغدر به، وخيانته، بل يجب الوفاء بذلك الأمان حتى يصل إلى مأمنه،[1] قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [ومن طلب الأمان ليسمع كلام الله، ويعرف شرائع الإسلام وجب أن يعطاه ثم يرد إلى مأمنه، لا نعلم في هذا خلافاً] اهـ[2]

وإنما اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزوم هذا العقد، والاستمرار فيه على قولين:

القول الأول: أن عقد الأمان لازم في جانب المسلم، جائز في جانب الكافر، وهو مذهب المالكية،[3] والشافعية،[4] والحنابلة،[5] وقول بعض الحنفية،[6] رحمهم الله.

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [أمان الحر المسلم العاقل البالغ لازم، لا يجوز نقضه] [7] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [وهو لازم من جهة المسلمين فليس للإمام نبذه، فإن استشعر منه خيانة نبذه؛ لأن المهادنة تنبذ بذلك فأمان الآحاد أولى، وهو جائز من جهة الكافر ينبذه متى شاء][8] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ولا ينقض الإمام أمان المسلم حيث صح؛ لوقوعه لازماً][9] اهـ

وقال الشيخ زين العابدين بن نجيم الحنفي رحمه الله: [وعقد الأمان جائز من قبل الحربي لازم من جانب المسلم] [10] اهـ

(١) الاختيار للموصلي ١٢٣/٤، الذخيرة للقرافي ٤٤٣/٣، المهذب للشيرازي ٢٣٦/٢، المغني لابن قدامة ٧٩/١٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٧٩/١٣.

(٣) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٦٢٣/١.

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٨١/٨، مغني المحتاج للشربيني ٢٩٨/٤.

(٥) المغني لابن قدامة ٧٥/١٣.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦.

(٧) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٦٢٣/١.

(٨) روضة الطالبين للنووي ٢٨١/١٠.

(٩) كشاف القناع للبوتي ١٠٥/٣.

(١٠) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦.

فهذه الأقوال تدل صراحة على أن عقد الأمان لازم في جانب المسلم، جائز في جانب الكافر، فالمسلم ملزم بالوفاء بذلك الأمان، أما الكافر فإنه إذا نقض أمانه الذي منحه المسلم فإنه يعود إلى حالة الحرب.

القول الثاني:أن عقد الأمان من العقود الجائزة، فللإمام إذا رأى المصلحة في نقضه أن ينقضه، لكن يجب عليه أن يبلغ الكافر مأمنه؛حتى لا يكون فيه غدر، وهو مذهب الحنفية[1] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما صفته:فهو أنه عقد غير لازم، حتى لو رأى الإمام المصلحة في النقض ينقض][2]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(الأمان عقد لازم في جانب المسلم)استدلوا بالنقل.

قال الله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١] ، وقال تعالى: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولًا ﴾ [الإسراء:٣٤].

وجه الدلالة:أنه سبحانه أمر بالوفاء بالعقود، والعهود، وهي عامة تشمل كافة ما التزمه المسلم، ومن ذلك عقد الأمان الذي يصدره المسلم للكافر، يؤمنه على نفسه، وماله، فيكون داخلاً في هذا العموم .

دليل القول الثاني: (الأمان عقد جائز)استدلوا بالعقل فقالوا:إن جوازه كان للمصلحة، فإذا تضمنت المصلحة نقضه نقض، كالهدنة؛بل هو أولى.[3]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد الأمان في جانب المسلم، فلا يحق له أن يفسخه، إلا أن يظهر غدر من الكافر، أو يغلب على ظنه أنه سيغدر، فحينئذ له أن يبلغه بانتهاء الأمان، وأن عليه اللحاق بداره، ويبلغه مأمنه؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٠٧، الاختيار للموصلي٤/١٢٣.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٠٧.

(٣)المصدر السابق.

ثانياً: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من أن المصلحة قد تقتضي ذلك فيجاب: بأن المصلحة هي في اتباع أمر الله سبحانه، وإن ظهرت مصلحة في نقض العهد، فقد تخفى مصالح كثيرة في استمراره، ولأجل أن يطمئن أهل الكفر إلى ما يصدر من المسلمين، ويروا مدى حرصهم على الوفاء بالعهود، وما يبرمونه من عقود، ثم إذا خشي المسلمون من ظهور مصالح في نقض العهد، فإن عليهم جعل عقد الأمان محدداً بمدة قصيرة يتم تجديدها كلما انتهت.

وبهذا يظهر لنا أن عقد الأمان من العقود التي تلزم طرفاً واحداً وهو الطرف المسلم، دون الطرف الآخر، فهو في حقه عقد جائز، فليس للمسلم أن ينقض هذا العقد الذي التزم بموجبه منح ذلك الكافر الأمان، وفي القول بلزوم عقد الأمان وسيلة لمنح الفرصة لأهل الكفر للدخول في ذلك العقد الذي يترتب عليه تمكنهم من الإطلاع على محاسن الإسلام، والدخول تحت ظلاله.

المطلب السادس

عقد الذمة

تعريف الذمة:

في اللغة: مأخوذة من ذم، يذم، ذماً، وهو اللوم في الإساءة، وتطلق الذمة ويراد بها العهد، وسمي العهد بذلك؛ لأن الإنسان يذم على إضاعته منه.(١)

وفي الاصطلاح: إقرار بعض الكفار على كفره بشرط بذل الجزية،(٢) والتزام أحكام الملة.(٣)

فعقد الذمة يتم به إقرار في الظاهر لبعض الكفار؛ وهم أهل الكتاب في ديارهم على كفرهم، على أن يدفعوا للمسلمين مبلغاً مالياً في كل سنة؛ لقاء عدم قتال المسلمين لهم، وحمايتهم ممن يعتدى عليهم، بخلاف الهدنة فإن المراد منها وضع القتال فيما بين المسلمين والكفار، دون أن يلتزم الكفار بدفع المال للمسلمين، ودون أن يلتزم المسلمون بحمايتهم.

مشروعية عقد الذمة:

الأصل في جواز عقد الذمة، الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلۡحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ﴾ [التوبة:٢٩].

أما السنة: فحديث عمرو بن عوف الأنصاري رضي الله عنه أخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبا عبيدة بن الجراح إلى البحرين يأتي بجزيتها، وكان رسول الله صلى الله

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٤٥/٢، لسان العرب لابن منظور ٢٢٠/١٢، المصباح المنير للفيومي ٨٠.

(٢) هي مأخوذة من جزى يجزي يقال: جزيت الدين قضيته، وهي ما يؤخذ من أهل الذمة كل عام فكان ما يدفعونه للمسلمين ديناً يقضونه، المصباح المنير للفيومي ٣٩.

(٣) كشاف القناع للبهوتي ١١٦/٣، ينظر بقية التعاريف: شرح القدير لابن الهمام ٤١/٦، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٨٥/١، روضة الطالبين للنووي ٢٩٧/١٠.

عليه وسلم صالح أهل البحرين ..).[١]

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز أخذ الجزية من أهل الذمة في الجملة.[٢]

لزوم عقد الذمة في جانب المسلمين:

إذا واجه المسلمون الكفار، وكانوا من أهل الكتاب، من اليهود، والنصارى، فإنهم يدعونهم إلى الإسلام، فإن أبوا دعوهم إلى دفع الجزية، فإن أبوا قاتلوهم، فإذا وافق أهل الكتاب على دفع الجزية للمسلمين لقاء بقائهم على دينهم الكتابي، فإنهم يصبحون أهل ذمة للمسلمين، ويكون ذلك مؤبداً في حق المسلمين، لا يجوز فسخه، إلا إذا صدر من الكفار ما يوجب نقض العهد من جهتهم، فإنه يحق للمسلمين حينئذ أن ينقضوه، وعلى هذا فإن عقد الذمة يعتبر لازماً في حق المسلمين، وليس بلازم في حق الكفار، وهذا متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله.[٣]

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وأما صفة العقد: فهو أنه لازم في حقنا؛ حتى لا يملك المسلمون نقضه بحال من الأحوال، وأما في حقهم فغير لازم، بل يحتمل الانتفاع[٤] في الجملة ..] [٥]اهـ

وقال الإمام أبو عمر بن عبد البر المالكي رحمه الله: [لو عاهد الإمام أهل بلد، أو حصن، ثم نقضوا عهدهم، وامتنعوا من أداء ما يلزمهم من الجزية، وغيرها، وامتنعوا من حكم الإسلام من غير أن يظلموا، وكان الإمام غير جائر عليهم وجب على المسلمين غزوهم، وقتالهم مع إمامهم][٦]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [فحكمه علينا وجوب الكف عنهم، وأن نعصمهم بالضمان نفساً، ومالاً ..] [٧]اهـ

---

(١)رواه البخاري، كتاب الجزية، والموادعة، وقول الله تعالى: (قاتلوا..)، صحيح البخاري٤/٦٢.

(٢)المغني لابن قدامة١٣/٢٠٢.

(٣)ينظر بدائع الصنائع للكاساني٧/١١٢، بلغة السالك للصاوي١/٣٦٩، المهذب للشيرازي٢/٢٥٦، المغني لابن قدامة١٣/٢١٢.

(٤)هكذا في الأصل، ولعل الصواب: الانفساخ.

(٥)بدائع الصنائع للكاساني٧/١١٢.

(٦)الكافي لابن عبد البر١/٤٨٣.

(٧)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس١/٤٩١.

وقال الإمام شمس الدين الرملي الشافعي رحمه الله: [للزومها من جهتنا، وجوازها من جهتهم..][(١)] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وإذا بذلوا الجزية لزم قبولها، وحرم قتالهم][(٢)] اهـ

فهذه النصوص تدل على أن عقد الذمة يلزم المسلمون بالوفاء به، ولا يجوز لهم فسخه ما لم ينقض العهد الذي بينهم، وبين الذميين، أما في جانب الكفار فهو جائز، فإن استقاموا لنا ببذل الجزية، والحفاظ على متطلبات هذا العقد، فهم على عقدهم، ويلزم المسلمون به، فإن نقضوا العهد، ولم يقوموا بما يجب عليهم أن يقوموا به فإن المسلمين في حل من عهدهم، ولهم نقضه متى شاؤا، ويسقط عنهم لزومه حينئذ.

وقد دل على لزوم عقد الذمة في حق المسلمين، وعدم جواز نقضه منهم دليل الكتاب ،وسنة النبي صلى الله عليه وسلم.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ﴾ [التوبة:٢٩].

ووجه الدلالة: أن المولى جعل إعطاء الجزية غاية لقتالهم، فمتى بذلوها لم يجز قتالهم، فدل على أنهم بإعطاء الجزية يحكم بأمانهم، ولا يحق التعرض لهم، وهذا موجب عقد الذمة.

وأما السنة: فقوله عليه الصلاة والسلام: (فإن هم أبوا، فسلهم الجزية، فإن هم أجابوك فاقبل منهم، وكف عنهم ..)[(٣)] الحديث .

ووجه الدلالة: أنه عليه الصلاة والسلام جعل الكف عنهم، وعدم قتالهم، مشروطاً عليهم بدفع الجزية، فإن لم يقوموا بدفعها حل قتالهم، فدل ذلك على أن الكفار إذا دفعوا الجزية فإنه يلزم المسلمون بقبولها، وكف الأذى عنهم.

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٨/٨٦.

(٢) المغني لابن قدامة ١٣/٢١٢.

(٣) رواه مسلم في كتاب الجهاد، باب تأمير الإمام الأمراء، صحيح مسلم ٥/١٤٠.

وبهذا ظهر أن عقد الذمة من العقود التي تلزم في جانب طرف واحد، وهو جانب المسلمين، وقد سبق في عقد الأمان[1] ما يترتب على القول بلزومه من الحكم، وما ينبني من المفاسد على عدم لزومه، وهكذا يقال في عقد الذمة.

وقد تبين من هذا المبحث أن هذه العقود تكون لازمة، ولزومها في جانب أحد الطرفين دون الطرف الآخر، واللزوم فيها يكون في أول أحوال العقد، بخلاف ما سيأتي من عقود في المبحث الثالث وهي العقود التي تكون جائزة في أول أحوال العقد، ثم تنقلب إلى اللزوم بعد ذلك.

---

(١) ينظر ص٣٠٤.

المبحث الثالث

العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول: العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق الطرفين.

المطلب الثاني:العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق طرف واحد.

المطلب الأول

العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق الطرفين

يشتمل هذا المطلب على مقصدين:

المقصد الأول:المضاربة.

المقصد الثاني:القسمة.

المقصد الأول

المضاربة (١)

تعريف المضاربة:

في اللغة :مفاعله من ضرب، يضرب، ضربًا، وهو معروف، ثم استعير منه عدة معان منها :الضرب في الأرض بالسفر للتجارة، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [المزمل:٢٠] .

فالمضاربة مفاعلة من الضرب في الأرض والسير فيها للتجارة.(٢)

وفي الاصطلاح:أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما يحصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه.(٣)

والمضاربة هي لغة أهل العراق، وأما أهل الحجاز فيقولون لها (القراض)، فأما سبب تسميتها بالمضاربة فلما تقدم من الضرب في الأرض بالسفر من أجل التجارة؛لأن التجارة غالباً تقتضي كثرة السفر، أو من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم، وأما سبب تسميتها بالقراض فقيل:هو مشتق من القطع، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة، وسلمها إلى العامل، وقيل من التساوي يقال تقارض الشاعران إذا تناشدا، وتوازنا في الشعر.(٤)

مشروعية المضاربة:

الأصل في جواز المضاربة السنة، والأثر، والإجماع.

---

(١)للعلماء رحمهم الله في ذكر المضاربة طريقان، أحدهما :جعل المضاربة مع الشركة، على أنها نوع من أنواعها، وهو صنيع الحنابلة رحمهم الله، وثانيهما :إفراد المضاربة بباب مستقل، دون ربطه بالشركات، وهو صنيع الجمهور رحمهم الله، المبسوط للسرخسي٢٢/١٧، بداية المجتهد لابن رشد٥/١٦٠، المهذب للشيرازي١/٣٩١، المغني لابن قدامة٧/١٣٢.

(٢)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٣٩٧، لسان العرب لابن منظور١/٥٤٣، المصباح المنير للفيومي١٣٦.

(٣)المغني لابن قدامة٧/١٣٢، ينظر بقية التعاريف:الاختيار للموصلي ٣/١٩، بداية المجتهد لابن رشد ٥/١٦٢، مغني المحتاج للشربيني٢/٤١٨.

(٤)الاختيار للموصلي٣/١٩، الحاوي الكبير للماوردي٧/٣٠٥، مغني المحتاج للشربيني٢/٤١٨، المغني لابن قدامة٧/١٣٣.

أما السنة فهي سنة تقريرية يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: [وقد كان بعض الناس يذكر مسائل فيها إجماع بلا نص، كالمضاربة، وليس كذلك، بل المضاربة كانت مشهورة بينهم في الجاهلية، لا سيما قريش؛ فإن الأغلب كان عليهم التجارة، وكان أصحاب الأموال يدفعونها إلى العمال، ورسول الله صلى الله عليه وسلم قد سافر بمال غيره قبل النبوة كما سافر بمال خديجة رضي الله عنها، والعير التي كان فيها أبو سفيان كان أكثرها مضاربة مع أبي سفيان، وغيره، فلما جاء الإسلام أقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان أصحابه رضي الله عنهم يسافرون بمال غيرهم مضاربة، ولم ينه صلى الله عليه وسلم عن ذلك، والسنة: قوله، وفعله، وتقريره، فلما أقرها كانت ثابتة بالسنة] اهـ[(١)]

أما الأثر فما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أراد أخذ المال الذي أرسله أبو موسى الأشعري رضي الله عنه مع بنيه[(٢)] فاتجرا فيه، وربحا، فأشار عليه بعض من حضر أن يجعل هذا المال مضاربة، فجعله رضي الله عنه كذلك،[(٣)] وإنما قبل عمر رضي الله عنه أن تكون مضاربة؛ لكونها معروفة بينهم، والعهد بالرسول صلى الله عليه وسلم قريب.[(٤)]

أما الإجماع فقد قال الإمام ابن المنذر رحمه الله: [وأجمعوا على أن القراض بالدنانير، والدراهم جائز] اهـ[(٥)]

المضاربة عقد جائز للطرفين قبل الشروع:

اتفق أهل العلم رحمهم الله على أن عقد المضاربة من العقود الجائزة للطرفين، وهما رب المال، والعامل، وذلك قبل الشروع في العمل؛ لأن المضاربة من عقود المعونة والإرفاق، ولأن هذا العقد المصلحة فيه عدم اللزوم فالمقصود فيه الربح، وهو غير حاصل، بل ربما ضاع تعب العامل، وخسر المال، فجعل هذا العقد قبل الشروع على الجواز؛ نفياً للضرر عن المتعاقدين.[(٦)]

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٩/ ١٩٥، ينظر البداية والنهاية لابن كثير ٢/ ٢٩٤، زاد المعاد لابن القيم ١/ ٧٧، الإصابة لابن حجر ٤/ ٢٧٤.

(٢) هما عبدالله، وعبيد الله. الموطأ للإمام مالك ٢/ ٦٨٧.

(٣) رواه الإمام مالك، كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، الموطأ ٢/ ٦٨٧.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٩/ ١٩٦.

(٥) الإجماع لابن المنذر ١٢٤، الحاوي الكبير للماوردي ٧/ ٣٠٦، المغني لابن قدامة ٧/ ١٣٢.

(٦) الذخيرة للقرافي ٦/ ٥٥.

وقد نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على اعتبار عقد المضاربة جائز للطرفين القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله حيث يقول:[أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض، وأن لكل منهما فسخه، ما لم يشرع العامل في القراض][1]اهـ

كما صرح كثير من العلماء رحمهم الله بهذا الحكم وهذه بعض عباراتهم الدالة على ذلك:

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما صفة هذا العقد: فهو أنه عقد غير لازم، ولكل منهما الفسخ][2]اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[وموضوعه الجواز، وعدم اللزوم، ولا يجوز التأجيل فيه، ولكل واحد منهما تركه ..][3]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[هو عقد معونة، وإرفاق، يجوز من المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين، وليس بلازم لهما، ويجوز فسخه لمن شاء منهما][4]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[والمضاربة من العقود الجائزة، تنفسخ بفسخ أحدهما، أيهما كان][5]اهـ

فعقد المضاربة قبل الشروع في العمل من العقود الجائزة للطرفين: بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله، ولذا فإذا أراد رب المال، أو العامل فسخ المضاربة فله ذلك، سواء كان ذلك عن رضى من الطرف الآخر، أم لا، إذ أن طبيعة العقد الجائز قبوله للفسخ من أحدهما وإن لم يرض الآخر.

المضاربة عقد لازم للطرفين بعد الشروع:

إذا شرع المتعاقدان في عقد المضاربة بأن أعطى رب المال للعامل المال، ومكنه منه فقام العامل بالشروع في عملية المضاربة بشراء، ونحوه فإن العقد حينئذ محل خلاف بين أهل العلم رحمهم الله، هل يصير لازماً بالشروع، أو هو باقٍ على أصله من عدم اللزوم، وذلك على قولين:

---

(١)بداية المجتهد لابن رشد ١٦٧/٥.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٠٩، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦٥٤/٥.

(٣)التلقين للقاضي عبد الوهاب ٤٠٧/٢، حاشية الدسوقي٥٢٩/٣.

(٤)الحاوي الكبير للماوردي٣٠٧/٧، مغني المحتاج للشربيني٤٣١/٢.

(٥)المغني لابن قدامة١٧٢/٧، كشاف القناع للبهوتي٥٢٢/٣.

القول الأول:أن عقد المضاربة بعد شروع العامل يصير عقداً لازماً للطرفين،وهو مذهب المالكية،[١] رحمهم الله.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله:[واختلفوا إذا شرع العامل،فقال مالك:هو لازم] [٢]اهـ

القول الثاني:أن عقد المضاربة بعد شروع العامل جائز لهما،وهو مذهب الحنفية،[٣] والشافعية،[٤]والحنابلة[٥]رحمهم الله.

قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله:[وأما المضاربة،فلا تكون لازمة،فإن للمضارب أن يمتنع من العمل،ويفسخ العقد متى شاء] [٦]اهـ

وقال أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[قد ذكرنا أن عقد القراض من العقود الجائزة، دون اللازمة،فلكل واحد من رب المال،والعامل أن ينفرد بالفسخ قبل العمل وبعده،مع وجود الربح،أو حدوث الخسران..] [٧]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[والمضاربة من العقود الجائزة،تنفسخ بفسخ أحدهما،أيهما كان ...،ولا فرق بين ما قبل التصرف،وبعده ..] [٨]اهـ

وأصحاب هذا القول لم يقولوا بإطلاق أن من حق كل واحد منهما الفسخ،بل عندهم بعض التفصيل،فالحنفية رحمهم الله: اشترطوا علمه بالعزل،كما اشترطوا أن يكون المال دراهم،أو دنانير.[٩]

أما الشافعية،والحنابلة رحمهم الله فقالوا:إن كان رأس مال المضاربة عرضاً،واتفقا على القسمة،أو البيع،فلهما ذلك؛لأن الحق لهما لا يعدوهما،فإن اختلفا،وطلب أحدهما

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب٢/١١٢٧،الخرشي على مختصر خليل٦/٢٢٣.

(٢)بداية المجتهد لابن رشد ٥/١٦٨.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٠٩،حاشية رد المحتار لابن عابدين٥/٦٥٤.

(٤)المهذب للشيرازي ١/٣٩٤،الحاوي الكبير للماوردي٥/٢٩،٧/٣٢٨.

(٥)المغني لابن قدامة٧/١٧٢،كشاف القناع للبهوتي٣/٥٢٠.

(٦)المبسوط للسرخسي ٢٢/٩١.

(٧)الحاوي الكبير للماوردي٧/٣٢٨.

(٨)المغني لابن قدامة٧/١٧٢.

(٩)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٠٩.

البيع، أجبر العامل على البيع، ليرد المال إلى ربه ناضاً[1] كما استلمه، وأجبر رب المال على البيع، ليعرف العامل قدر ربحه.[2]

الأدلة:

دليل القول الأول: (أن عقد المضاربة يلزم بعد الشروع) استدلوا بالعقل فقالوا: إن في القول بجواز العقد بعد الشروع ضرراً بالطرفين معاً، ذلك أن العامل لا يستحق الأجر إلا بالعمل، فالربح في المضاربة لا يكون إلا بعد انتهاء العقد، وأما رب المال فلو عاد المال إليه عرضاً لاحتاج ذلك إلى كلفة، ومؤنة عليه حتى يعيده عيناً، ونقداً.[3]

دليل القول الثاني: (أن عقد المضاربة جائز بعد الشروع) استدلوا بقياس المضاربة على الوكالة، فالمضارب يتصرف في مال الغير بإذنه، فكما أن الوكالة عقد جائز بعد العمل، فالمضاربة كذلك.[4]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد المضاربة بعد الشروع للطرفين معاً، فلا يفسخ أحدهما العقد إلا بعد رضا الطرف الآخر؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل العقل.

ثانياً: لا يسلم بأن المضاربة كالوكالة من كل وجه، فالمضاربة تكون وكالة ولا عكس، ثم إن للمضارب حقاً في الربح، لا يتبين إلا بعد أن يتحول العرض إلى عين.

ثالثاً: أن في القول بلزوم العقد للطرفين، حماية لحقوقهما من الضياع، وقطعاً للنزاع، الذي يكثر لو قيل: بأن العقد جائز لهما بعد الشروع.

إذاً فعقد المضاربة يعتبر من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق الطرفين، العامل، ورب المال، وذلك بعد شروع العامل في العمل، وفي هذه الحالة لا يملك أحدهما

---

(١) هو من نض الشيء إذا حصل، وأهل الحجاز يسمون الدراهم، والدنانير نضاً، وناضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً؛ لأنه يقال: ما نض بيدي منه شيء؛ أي ما حصل. المصباح المنير للفيومي ٢٣٣.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٣٢٨، المهذب للشيرازي ١/٣٩٥، المغني لابن قدامة ٧/١٧٣، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٢١، وقد ذكروا: أوجهاً عندهم في ذلك، فلينظر.

(٣) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١١٢٧، بداية المجتهد لابن رشد ٥/١٦٨.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/١٧٢.

الفسخ للعقد إلا بعد انتهاء العقد بنضوض المال، وبيان الربح إن وجد، وأما إذا كان قبل الشروع فهو جائز لهما؛ إذ لا ضرر على أحدهما من القول بجوازه، وأحقية الفسخ لهما.

المقصد الثاني

القسمة[١]

تقدم أن عقد القسمة يكون لازما للطرفين، وأن هناك أحوالا يكون فيها القسمة من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق الطرفين معا، وهذا هو محل الحديث في هذا المقصد، وبيانه في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: لزوم عقد قسمة التراضي في الأعيان:

سبق أن القسمة أما أن تكون عن إجبار، أو تكون عن تراضي، وأن القسمة التي تكون عن إجبار تعتبر من العقود التي تلزم الطرفين[٢]، أما إذا كانت القسمة قد تمت عن طريق التراضي من الشركاء فهي قبل القسمة عقد جائز، يملك فيها كل واحد من الطرفين حق الرجوع، والفسخ؛ إذ القسمة كانت عن رغبة منهما، ولم يتم خروج السهام لكل منهما، أما إذا خرجت السهام فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزوم القسمة على قولين:

القول الأول: أن هذه القسمة التي تمت بين الشركاء برضى منهم تعتبر لازمة في حقهم عند تمامها، وخروج السهام، وهو مذهب الحنفية[٣]، والمالكية،[٤] والحنابلة،[٥] ووجه عند الشافعية،[٦] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وأما في قسمة التراضي فيجوز الرجوع؛ لأن قسمة التراضي لا تتم إلا بعد خروج السهام كلها، وكل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه ..] [٧] اهـ

---

(١) سبق ذكر المقدمات عن القسمة من التعريف، ودليل المشروعية. ينظر ص ٢٣٨.

(٢) ينظر ص ٢٣٩.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٨/٧.

(٤) الخرشي على خليل ١٩٦/٦، حاشية الدسوقي ٥١١/٣.

(٥) المغني لابن قدامة ١١٣/١٤، الإنصاف للمرداوي ١١/ ٣٥٤.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٢٥٥/١٦، روضة الطالبين للنووي ٢١٧/١١.

(٧) بدائع الصنائع للكاساني ٢٨/٧.

وقال الشيخ أحمد الدردير المالكي رحمه الله:[ولزم ما خرج بها :فليس لأحدهم نقضها ،وكذا يلزم في قسمة التراضي ما رضي به كل ،فمن أراد الفسخ لم يكن منه] [(١)] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[إذا ثبت هذا فإن قسمة الإجبار تلزم بإخراج القرعة ،وأما قسمة التراضي ففيها وجهان أحدهما :تلزمه أيضاً ..،والثاني: لا تلزمه][(٢)] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[فإن ندبه الحاكم لها ،تمت القسمة بينهم بالقرعة ،واستقر ملك كل واحد منهم على ما خرج له بها ،ولا خيار له .وإن تراضى به الشركاء فيها ففيما تلزمه القسمة به وجهان..][(٣)] اهـ

القول الثاني:أن هذه القسمة التي تمت بين الشركاء برضى منهم ،لا تعتبر لازمة إلا إذا رضوا بها بعد وقوعها ،وحصول الإيجاب ،والقبول ،وهو الأصح عند الشافعية ،[(٤)] ووجه عند الحنابلة ،[(٥)] رحمهم الله ،وقد سبق ما يدل على ذلك من كلام الإمامين الماوردي وابن قدامة رحمهما الله .

الأدلة:

دليل القول الأول:(تلزم القسمة بخروج السهام)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن القاسم بين الشركاء يكون كالحاكم ،فتكون قرعة القاسم كحكم الحاكم ،فتكون لازمة لهم؛كقسمة الإجبار. [(٦)]

الوجه الثاني:أن القسمة قبل تمامها كالبيع الذي لم يتم ،فكما أن البيع الذي لم يتم غير لازم فكذلك هنا ،وإذا لزم البيع بعد تمامه ،فالقسمة لازمة بعد تمامها كالبيع. [(٧)]

---

(١)الشرح الصغير للدردير٢/٢٤٣.

(٢)المغني لابن قدامة١٤/١١٣.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي١٦/٢٥٥.

(٤)المصدر السابق .

(٥)المغني لابن قدامة١٤/١١٣.

(٦)الحاوي الكبير للماوردي١٦/٢٥٥ ،المغني لابن قدامة١٤/١١٣.

(٧)بدائع الصنائع للكاساني٧/٢٨.

دليل القول الثاني:(لا تلزم إلا بعد رضا الشركاء بالقسمة) استدلوا بالعقل فقالوا: إن هذه القسمة بيع، والبيع لا يلزم إلا بالتراضي، وإنما القرعة في هذه القسمة هي لمعرفة البائع من المشتري، وليست دليل الرضا، بل يكون الرضا منهما بعد ظهور القسمة، فإذا بانت، ورضي بها لزمت القسمة لهما، وأما قبل الرضا فغير لازمة للطرفين.[1]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم القسمة بعد خروج السهام دون الحاجة إلى رضا الشركاء بعد ذلك، وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني، فيقال: إن القسمة إن كانت بيعاً فقد تم التراضي بينهما على القبول بما تخرجه السهام لهم، والرضا بعد خروج السهام هو بمنزلة الرضا بعد القبول، والإيجاب في البيع، فكما أنه لا يعتبر قوله لم أرض بالبيع بعد إيجابه، فكذلك لا يعتبر رضاه بعد خروج السهام.

ثالثاً: أن في القول بعدم لزوم القسمة بخروج السهام إهداراً للجهد، والوقت، الذي يبذله القاسم، فإن كانت القسمة عادلة فقد رضيا بقسمته، وإن لم تكن عادلة فللمظلوم حق الطعن فيها بالجور.

الحالة الثانية: لزوم عقد قسمة المنافع للطرفين:

هذه هي الحالة الثانية التي يكون فيها عقد القسمة عقداً جائزاً يؤول إلى اللزوم، وهي فيما إذا اتفق الشركاء على أن تقسم منافع العين المشتركة بينهما، كأن يستفيد أحدهم من منفعة هذه العين مدة زمنية، ثم يستفيد الآخر من منفعتها كذلك مدة أخرى مثلها، فلو فرض أن بين زيد وعمرو داراً مشتركة بينهما فاتفقا على أن يسكن كل منهما هذه الدار مدة زمنية كشهر، فيسكن زيد أولاً، ثم يسكن عمرو بعده، فيكون كل منهما قد استفاد مثل صاحبه، فهذا النوع من القسمة يسمى بقسمة المنافع؛ لأن منفعة الدار، وهي السكنى قسمت بين الشريكين مع بقاء العين مشتركة بينهما، وقد اختلف في لزوم هذا النوع من القسمة وذلك على قولين:

القول الأول: إن قسمة المنافع من العقود اللازمة، فيلزم الشركاء بها إذا تم تعيين

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤/١١٣.

الزمن، وهو مذهب المالكية،[1] واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[2] رحمهم الله .

قال الشيخ أحمد الدردير المالكي رحمه الله في قسمة المنافع :[وهي من العقود اللازمة، فليس لأحدهما فسخها إذا تراضيا على شيء حيث وقعت صحيحة إلا برضاهما، أو رضاهم إذا كانوا جماعة][3] اهـ

وقال شيخ الإسلام ابن تيميه رحمه الله:[وليس لأحدهما أن يفسخ حتى ينقضي الدور، ويستوفي كل واحد منهما حقه منه][4] اهـ

القول الثاني:أن قسمة المنافع من العقود الجائزة فلكل منهم فسخ القسمة متى شاء، وهو مذهب الحنفية،[5] والشافعية،[6] والحنابلة،[7] رحمهم الله .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما صفة المهايئات فهي:أنها عقد غير لازم، حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات قسم الحاكم بينهما، وفسخ المهايئات..][8] اهـ

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله:[فإن تراضيا بالمهايأة وتنازعا في البداءة بأحدهما أقرع بينهما، ولكل منهما الرجوع عن المهايأة..][9] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[إذا ثبت هذا، فإنهما إن اتفقا على المهايأة جاز؛لأن الحق لهما، فجاز فيه ما تراضيا عليه كقسمة التراضي، ولا يلزم، بل متى رجع أحدهما عنها انتقضت المهايأة، ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك، وانتقضت المهايأة..][10] اهـ

---

(١)بداية المجتهد لابن رشد ٢٣١/٥، بلغة السالك للصاوي ٢٣٧/٢.

(٢)الاختيارات للبعلي٥٩٩.

(٣)بلغة السالك للصاوي ٢٣٧/٢.

(٤)الاختيارات للبعلي٥٩٩.

(٥)بدائع الصنائع للكاساني٣٢/٧.

(٦)مغني المحتاج للشربيني٥٣٨/٤، بيجرمي على الخطيب ٤١٠/٤.

(٧)المغني لابن قدامة١١٩/١٤، كشاف القناع للبهوتي٢٧٤/٦.

(٨)بدائع الصنائع للكاساني٣٢/٧.

(٩)مغني المحتاج للشربيني٥٣٨/٤.

(١٠)المغني لابن قدامة١١٩/١٤.

الأدلة:

دليل القول الأول:(قسمة المنافع لازمة)استدلوا بالعقل فقالوا :إن هذه القسمة فيها تبادل المنافع فأشبهت الإجارة، والإجارة المحددة بالمدة لازمة، فكذا القسمة للمنافع المحددة بالمدة. تكون لازمة أيضاً. (١)

دليل القول الثالث:(قسمة المنافع جائزة)استدلوا بالعقل فقالوا :إن في قسمة المنافع بذل منافع، ليأخذ منافع من غير إجارة فلم يلزم، كما لو أعاره شيئاً ليعيره آخر إذا احتاج إليه.(٢)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم قسمة المنافع، إذا كان الشركاء قد حددوا المدة التي ينتفع بها كل منهم من العين المشتركة؛وذلك لما يأتي:

أولاً: أن الاتفاق على قسمة المنفعة يعتبر عقداً، والله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود، ويشهد لذلك قول الله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [المائدة:١].

والأمر يقتضي الوجوب، ولا يخرج عن هذا العموم عقد إلا بدليل.

ثانياً :أن في القول بجواز عقد القسمة دون لزومها ، ضرراً يحصل لمن لم ينتفع بالعين؛ذلك أن من انتفع بالعين قد قضى حاجته منها، ثم بعد ذلك يفسخ العقد، دون مراعاة لحاجة شريكه، التي قد تكون حاجته أعظم من حاجة من انتفع بالعين .

ثالثاً :أن قياس هذه القسمة على الإجارة أولى؛ذلك أنهما يتفقان على مدة زمنية، ينتفع بها كل منهما من هذه العين، أما في الإعارة فإن المنافع تختلف، ثم إنه قد لا يحتاج إلى شيء ليستعيره من صاحبه فتبين أن قياسها على الإجارة أولى، ومما يدل على أن قياس القسمة على الإجارة أولى: أن أصحاب القول الثالث ألزموا من انتفع من العين ثم فسخها، أن يدفع أجرة المثل لشريكه.(٣)

رابعاً :أن القسمة على هذا الوجه من المعاوضة، فكل واحد من الشريكين معاوض لصاحبه في مقابل حقه على سبيل المقاصة، فهي أشبه بالبيع، فتكون لازمة دفعاً للظلم، والغبن.

---

(١)حاشية الدسوقي٣/٤٩٨.

(٢)المغني لابن قدامة١٤/١١٩.

(٣)مغني المحتاج للشربيني٤/٥٣٨، كشاف القناع للبهوتي٦/٣٧٤.

وبناء على ما سبق فإنه يمكننا أن نستخلص لزوم القسمة في حالتين:

الحالة الأولى:قسمة التراضي في الأعيان:فإذا تراضت جميع الأطراف على قسمة العين المشتركين فيها ،فإن هذا التراضي يكون جائزاً يملك كل واحد من الشركاء حق الرجوع فيه،ما لم يبدأ القاسم في قسمته؛،فإذا بدأ في القسمة وظهرت السهام انقلبت إلى اللزوم،فليس لأحد من المقتسمين الرجوع دون رضا الطرف الآخر،فهي بهذا تكون من العقود الجائزة التي تنقلب إلى اللزوم في جانب المقسوم لهم.

الحالة الثانية:قسمة المنافع:إذا تم اتفاق أصحاب العين المشترك فيها على أن يستفيد كل منهم بهذه العين مدة زمنية ،فالعقد قبل الدخول في الانتفاع من العقود الجائزة يملك كل واحد من الشركاء حق الرجوع؛لعدم حصول الانتفاع من أحدهم،فإذا بدأ العمل بالقسمة،فابتدأ أحدهم بالانتفاع فإنها بذلك تصبح لازمة للجميع،فلا يستطيع أحدهم فسخ ما تم التعاقد عليه حتى يستنفذ كل منهم المدة المتفق على الانتفاع بها ،إلا أن يكون هناك تراضٍ من الأطراف الأخرى.

المطلب الثاني

العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في حق طرف واحد

يشتمل هذا المطلب على سبعة مقاصد وهي:

المقصد الأول: الرهن.

المقصد الثاني: الجعالة.

المقصد الثالث: القرض.

المقصد الرابع:الهبة.

المقصد الخامس: العارية.

المقصد السادس: المسابقة.

المقصد السابع: الوصية.

المقصد الأول

الرهن

تعريف الرهن:

في اللغة :مأخوذ من:رهن الشيء يرهن، رهناً، إذا حبسه عنده، والمرهون المحبوس، فهو رهينة ومنه قولهم:هذا راهن لك، أي محبوس عليك، قال الله تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [المدثر:٣٨]، أي محبوسة بكسبها.

ويأتي بمعنى الدوام، والثبات يقال:أرهن له الشر، أي أدامه وأثبته له حتى كف عنه، قالوا :وكل شيء ثبت، ودام فقد رهن.(١)

وفي الاصطلاح:هو:المال الذي يجعل وثيقة بالدين؛ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه.(٢)

مشروعية الرهن:

الأصل في جواز الرهن، الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب:فقول الله تعالى: ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة:٢٨٣].

وأما السنة :فقد ورد جواز الرهن فيها من قوله، وفعله صلى الله عليه وسلم، أما قوله فما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(الرهن يُرْكب بنفقته، إذا كان مرهونا، ولَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَب بنفقته، إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يَرْكَب، ويَشْرَب النفقة).(٣)

---

(١)لسان العرب لابن منظور ١٨٨/١٣، المصباح المنير للفيومي ٩٢.

(٢)المغني لابن قدامة ٤٤٣/٦، ينظر بقية التعاريف:التلقين للقاضي عبد الوهاب ٤١٥/٢، الهداية للمرغيناني١٢٦/٤، تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده١٥٤/١٠.

(٣)رواه البخاري في كتاب الرهن، باب الرهن مركوب محلوب، صحيح البخاري ١١٦/٣.

وأما فعله فما روت عائشة رضي الله عنها (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل، ورهنه درعه).[١]

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة.[٢]

لزوم عقد الرهن في حق الراهن:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في أن عقد الرهن لازم في حق الراهن، دون المرتهن؛ لأن الحق للمرتهن، فلو شاء أسقطه عن الراهن ورد الرهن إليه، ولا غرابة في ذلك؛ إذ أن من حقه أن يبرأه من الدين، وقد بين الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله أنه لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في سقوط الرهن إذا أذن المرتهن، فقال رحمه الله: [وإن أعتقه بإذن المرتهن فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه على كل حال؛ لأن المنع كان لحق المرتهن وقد إذن، ويسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق، أو معسراً، لأنه أذن فيما ينافي حقه، فإذا وجد زال حقه..][٣] اهـ

وقد أكد هذه المسألة الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله بقوله: [وإذا باع الراهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف؛ لتعلق حق الغير به، وهو المرتهن فيتوقف على إجازته، وإن كان الراهن يتصرف في ملكه، كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث؛ لتعلق حقهم به، فإن أجاز المرتهن جاز؛ لأن التوقف لحقه، وقد رضي بسقوطه..][٤] اهـ

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [وإذا باع الرهن بغير إذن المرتهن فللمرتهن إجازته، وفسخه، فإن أجازه بطل حقه في الرهن] اهـ [٥]

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [فهو إذا تم من العقود اللازمة من أحد المتعاقدين، دون الآخر، فيكون لازماً من جهة الراهن، دون المرتهن، فإذا رام الراهن فسخه

---

(١) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب من رهن درعه ٣/١١٥، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر ٥/٥٥.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٤٤٤.

(٣) المصدر السابق ٦/٤٨٣.

(٤) الهداية للمرغيناني ٤/١٤٥، تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ١٠/١٩٧.

(٥) التلقين للقاضي عبدالوهاب ٢/٤٢١.

قبل فكاكه لم يكن له، ولو طلب المرتهن ذلك، كان له؛لأنه وثيقة للمرتهن على الراهن](1)اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[وهو لازم في حق الراهن؛أي بعد قبضه؛لأن الحظ فيه لغيره، فلزم من جهته، كالضمان في الضامن، جائز في حق المرتهن؛لأن الحظ فيه له وحده، فكان له فسخه، كالمضمون له](2)اهـ

وقت لزوم عقد الرهن:

إذا ثبت أن الرهن لازم لأحد الطرفين، وهو الراهن، فإنه يرد السؤال عن وقت هذا اللزوم، هل يكون بعد العقد مباشرة، أم لا بد من القبض حتى يلزم؟

والجواب عن ذلك أن أهل العلم رحمهم الله اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:أن الرهن يلزم بالقبض، وأما قبل القبض فهو جائز، وللراهن الحق في أن يرجع عن رهنه، وهو مذهب الحنفية،(3) والشافعية(4)، والحنابلة(5)، رحمهم الله.

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفيرحمه الله:[ولا يتم إلا بالقبض، أو بالتخلية، وقبل ذلك إن شاء سلم، وإن شاء لا](6)اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن؛لأن العقد لحظه، لا حظ فيه للراهن فجاز له فسخه إذا شاء، فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بالقبض](7)اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[ولا يلزم الرهن إلا بالقبض](8)اهـ

القول الثاني:أن الرهن يلزم بالعقد، ويجبر الراهن على الإقباض، وهو مذهب

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ٤/٦، نهاية المحتاج للرملي ٢٥٤/٤.

(٢)كشاف القناع للبهوتي ٣٢١/٣، المقنع لابن قدامة ١٠١/٣.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٦.

(٤)المهذب للشيرازي ٣١٢/١.

(٥)المغني لابن قدامة ٤٤٦/٦.

(٦)الاختيار للموصلي ٦٣/٢.

(٧)المهذب للشيرازي ٣١٢/١.

(٨)المقنع لابن قدامة ١٠٣/٣.

المالكية[1] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[وأما حكم القبض فليس يشترط في انعقاد الرهن، وصحته، ولا في لزومه، بل ينعقد، ويصح، ويلزم، ثم يطلب المرتهن الإقباض ويجبر الراهن عليه][2]اهـ

القول الثالث: أن الرهن لا يصح إلا بالقبض، وهو قول الإمام زفر من الحنفية،[3] ورواية عند الحنابلة،[4] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في القبض للمرهون:[وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركناً؛ كالقبول، حتى من حلف لا يرهن فلاناً شيئاً، فرهنه ولم يقبض يحنث عندنا، وعنده لا يحنث، كما في الهبة] اهـ[5]

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وذكر جماعة من الأصحاب: أنه لا يصح الرهن إلا مقبوضاً] اهـ[6]

الأدلة:

دليل القول الأول:(يلزم الرهن بالقبض)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فقوله تعالى: ﴿ فَرِهَـٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ [البقرة:٢٨٣].

وجه الدلالة: تدل هذه الآية على اشتراط القبض من ثلاثة أوجه وهي:

الوجه الأول: أن الله سبحانه وتعالى وصف الرهن بالقبض، فوجب أن يكون شرطاً في صحته، كوصف الرقبة بالإيمان، والاعتكاف بالمسجد، والشهادة بالعدالة، فكانت هذه الأوصاف شروطاً، فكذا القبض.

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٥٣/٢.

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٨٧/٢.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٦.

(٤)الإنصاف للمرداوي ١٤٩/٥.

(٥)بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٦.

(٦)الإنصاف للمرداوي ١٤٩/٥.

الوجه الثاني:أنه سبحانه وتعالى ذكر غير الرهن من العقود ،ولم يصفها بالقبض،وذكر الرهن، ووصفه بالقبض،فلا يخلو أن يكون وصف الرهن بالقبض إما لاختصاصه به،أو ليكون تنبيهاً على غيره،وأيهما كان فهو دليل على لزومه فيه.

الوجه الثالث:أن ذكر القبض يوجب فائدة شرعية،لا تستفاد بحذف ذكره،ولا فائدة في ذكره إن لم يجعل القبض شرطاً في صحته.(١)

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:أن الرهن عقد إرفاق،يفتقر إلى القبول،والقبض،فلم يلزم من غير قبض، كالهبة.(٢)

الوجه الثاني:أن الرهن عقد تبرع؛لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً،ولهذا لا يجبر عليه،فلا بد من إمضائه،كما في الوصية،وذلك بالقبض.(٣)

دليل القول الثاني:(يلزم الرهن بالعقد)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل:فقوله تعالى: ﴿ فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة:٢٨٣].

وجه الدلالة:أن المولى سبحانه جعل القبض صفة للرهن،والصفة غير الموصوف،وليست صفة لازمة،وإلا لما صح قوله:أرهنك هذا،ولم يسلمه إليه.(٤)

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:أن الرهن عقد من العقود،فلم يكن شرط انعقاده قبض المعقود عليه،أصله سائر العقود.

الوجه الثاني:أن الرهن عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس انعقاده،كالبيع.(٥)

دليل القول الثالث : (أن الرهن لا يصح إلا بالقبض)استدلوا بالعقل فقالوا:إن القبض

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ٦/٦،ينظر:بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٦،الاختيار للموصلي ٦٣/٢،المهذب للشيرازي ٣١٢/١،المغني لابن قدامة ٤٤٦/٦.

(٢)المهذب للشيرازي ٣٣٦/١،الاختيار للموصلي ٦٢/٢،المغني لابن قدامة ٤٤٦/٦.

(٣)الهداية للمرغيناني ١٢٦/٤،تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ١٥٦/١٠.

(٤)الذخيرة للقرافي ١٠٠/٨.

(٥)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٥٤/٢.

ركن في الهبة، فكذلك في الرهن بجامع أن كلاً منهما عقد إرفاق.[(١)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد الرهن بالقبض؛ وذلك لما يأتي

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالنقل، فيجاب بأن كون الصفة غير الموصوف، لا يستلزم عدم الشرطية، ثم إن قوله: أرهنك هذا ، هو من باب وصف الشيء بما يؤول إليه، وهو لا ينفي الشرطية أيضاً.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل في الوجه الأول، فيقال: إن هذا قياس في مقابلة النص، فقد ورد النص باشتراط ذلك في الرهن؛ دون غيره.

رابعاً: أما استدلالهم من العقل بالوجه الثاني، فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق، ووجه الفارق أن البيع عقد معاوضة، والرهن عقد إرفاق، ففي عقد المعاوضة يقصد المعقود عليه بنفسه، وأما في عقد الإرفاق فلا يقصد المعقود عليه بنفسه، كما في الرهن هنا حيث يقصد أن يستوفي الحق منه، وإذا تبين الفرق، فلا يقاس أحدهما على الآخر.[(٢)]

خامساً: أما استدلال أصحاب القول الثالث فيجاب عنه بعدم التسليم بأنه ركن في الرهن؛ ذلك أن الله تعالى قال: ﴿ فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة:٢٨٣]، ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن، فلم يكن لقوله عز شأنه (مقبوضة) معنى، فدل ذكر القبض مقروناً بذكر الرهن على أنه شرط، وليس بركن.[(٣)]

اشتراط استدامة قبض المرهون للحكم بلزومه:

إذا تقرر أن القول الراجح، هو اشتراط القبض في لزوم عقد الرهن، فهل يشترط أن يكون القبض على الدوام حتى الوفاء أم لا يشترط ؟

اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة، وذلك على قولين:

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١١٥، ١٣٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٤٤٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٣٧.

القول الأول:أن دوام القبض شرط في لزوم عقد الرهن، وهو مذهب الحنفية،[(١)] والمالكية،[(٢)] والحنابلة في المشهور،[(٣)] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[أما الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة :الأول:ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك][(٤)]اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[استدامة القبض شرط في صحة الرهن،فمتى حصل مقبوضاً،ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن باستخدام،أو عارية،أو وديعة،أو غير ذلك فقد خرج الرهن][(٥)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[واستدامة القبض شرط للزوم الرهن،فإذا أخرجه المرتهن عن يده باختياره،زال لزوم الرهن،وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض،سواء بإجارة،أو إعارة،أو إيداع،أو غير ذلك][(٦)]اهـ

القول الثاني:أن دوام القبض لا يشترط في لزوم الرهن،وهو مذهب الشافعية،[(٧)] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[إن استدامة الرهن ليس بشرط صحة الرهن،فإن خرج الرهن من يد المرتهن باستحقاق كالإجارة،أو بغير استحقاق كالإعارة،أو الغصب لم يبطل الرهن][(٨)] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(الدوام في القبض شرط)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل:فقوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ ﴾ [البقرة:٢٨٣].

(١)المبسوط للسرخسي ٦٩/٢١.
(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢٣٩/٥.
(٣)الإنصاف للمرداوي ١٥١/٥.
(٤)بدائع الصنائع للكاساني ١٤٥/٦.
(٥)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٥٤/٢.
(٦)المغني لابن قدامة ٤٤٨/٦.
(٧)الحاوي الكبير للماوردي ١٣/٦،مغني المحتاج للشربيني١٨٠/٢.
(٨)الحاوي الكبير للماوردي ١٣/٦.

ووجه الدلالة :أن الآية عامة فتشمل سائر أحوال الرهن في الابتداء، والدوام، [١] وإخباره سبحانه بكونه مقبوضاً لا يحتمل الخلل، فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً مادام مرهوناً.[٢]

وأما دليلهم من العقل فمن ثلاثة وجوه:

الوجه الأول:أن حقيقة الرهن الحبس، فيقتضي أن يكون المرهون محبوساً مادام مرهوناً، ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام، لم يكن محبوساً على الدوام، فلم يكن مرهوناً.[٣]

الوجه الثاني:أن الاستدامة حال من أحوال الرهن، فكانت تبقيته في يد الراهن باختيار المرتهن، مخرجة له عن الرهن، أصله الابتداء.[٤]

الوجه الثالث :أنه إذا عاد الرهن إلى الراهن، فربما يجحد الرهن، والدين معاً، فالمقصود من الرهن أن يسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا بدوام يد المرتهن عليه.[٥]

دليل القول الثاني:(أن الاستدامة ليست شرطاً في لزوم الرهن)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل:فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(الرهن يُرْكب بنفقته، إذا كان مرهونا ، ولَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَب بنفقته، إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يَرْكَب، ويَشْرَب النفقة).[٦]

ووجه الدلالة :أن المصطفى صلى الله عليه وسلم جعل الرهن مركوباً ، ومحلوباً ، ولا يخلو أن يكون ذلك للراهن، أو المرتهن، فلم يجز أن نجعل ذلك للمرتهن لأمرين:

الأول:إجماعهم على أن المرتهن لا يستحق ذلك.

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٥٤/٢.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني ١٤٥/٦.

(٣)المصدر السابق.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٥٤/٢.

(٥)المبسوط للسرخسي ٧٠/٢١.

(٦)تقدم تخريجه ص ٣٢٤.

الثاني:أنه جعل على الراكب،والشارب نفقة الرهن،والنفقة واجبة على الراهن،دون المرتهن،فثبت بهذين جواز ذلك للراهن،فصار مستحقاً لإزالة يد المرتهن عنه،ثم لم يزل حكم الرهن عنه،فثبت أن استدامة قبضه ليست شرطاً في صحته.(١)

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:أن الرهن شرط لزومه القبض،فوجب أن لا يكون من شرط صحته استدامة القبض،كالهبة،والصرف.

الوجه الثاني: أن القبض في الرهن أوسع من القبض في البيع؛لجواز اشتراط الرهن على يدي عدل،فلما لم تكن استدامة القبض في البيع،مع قوته شرطاً في صحته،فلأن لا تكون استدامة القبض في الرهن،مع ضعفه شرطاً في صحته أولى.(٢)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول باشتراط استدامة القبض في لزوم الرهن؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل،والعقل.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بالحديث فيجاب عنه:أن الأصل في المرتهن،أنه لا يستحق،لكن الحديث أثبت له الاستحقاق بالعوض،فصار الرهن في يد المرتهن،ولا يخرجه الحديث من يد المرتهن بحال،بل إن الحديث يؤكد أن يد المرتهن باقية؛لأنه لم يوجب النفقة على الراهن،بل جعلها على المرتهن،وجعل له الركوب،والحلب بقدر نفقته،وهذا يؤكد الحرص على استبقاء الرهن،حتى يستدام القبض،فالحديث حجة على اشتراط الاستدامة،لا على إلغائها.

ثالثاً:أما استدلالهم بالعقل في الوجه الأول فيجاب عنه بجوابين:

الأول:قلب الدليل بأن يقال:تصرف من شرطه القبض،فلا يكون للدافع في العين حق بعد ذلك،كالواهب في الهبة.(٣)

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ١٣/٦.

(٢)المصدر السابق ١٤/٦.

(٣)الذخيرة للقرافي ١٢٥/٨.

الثاني:أن هذا قياس مع الفارق،فالهبة المقصود منها الملك، وزوال اليد لا ينافيه، وأما الرهن فالمقصود منه التوثق،وزوال اليد ينافيه،ولاسيما والرهن معناه الاحتباس والثبوت.[1]

رابعاً :أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني فيقال:بأنه قياس مع الفارق،ذلك أن المقصود من الرهن الإرفاق،والتوثقة،وأما البيع فالمقصود منه المعاوضة،ثم إن القبض في البيع ليس شرطاً في لزوم العقد،بخلاف الرهن فإنه محل اتفاق.

ومما سبق يتضح أن عقد الرهن لا يلزم أحد الطرفين إذا كان بالقول،أما إذا تم القبض،فإنه يكون لازماً في جانب أحدهما،وهو الراهن،فلا يحق له فسخ الرهن،بخلاف المرتهن فإن الحق له؛فإذا شاء أسقطه،واللزوم في الرهن يقتضي كذلك أن تكون يد المرتهن باقية على المرهون حتى الوفاء،أما لو قبل بزوال يده عن ذلك المرهون قبل السداد فإنه يحكم بزوال لزوم الرهن حينئذ .

---

(١)المصدر السابق،المغني لابن قدامة ٤٤٩/٦.

المقصد الثاني

الجعالة

تعريف الجعالة:

في اللغة:مثلثة الجيم مأخوذة من الجُعل،وهو الأجر،يقال:جعل له جُعلاً،وأجعله جُعلاً،إذا أعطاه الجُعل.(١)

وفي الاصطلاح:أن يضع شيئاً معلوماً،لمن يعمل له عملاً معلوماً،أو مجهولاً،مدة معلومة،أو مجهولة.(٢)

فالجاعل يحدد المراد فعله، كأن يطلب رد المال الضائع له،من دابة ضائعة،أو مال مفقود،ونحو ذلك،ويحدد المقابل لهذا العمل،بأن يصرح بأن له كذا من المال مقابل عمله.

مشروعية الجعالة:

الأصل في جواز الجعالة،الكتاب،والسنة،الإجماع.

أما الكتاب:فقول الله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف:٧٢].

وأما السنة:فحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم،أتوا على حيٍّ من أحياء العرب،فلم يُقْرُوهم،فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك،فقالوا:هل معكم من دواء،أو راقٍ؟ فقالوا:إنكم لم تُقْرُونا،فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً،فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء،فجعل يقرأ بأم القرآن،ويجمع بزاقه ويتفل،فبرأ الرجل،فأتوهم بالشاء،فقالوا:لا نأخذه حتى نسأل النبي الله صلى الله عليه وسلم،فسألوه صلى الله عليه وسلم،فضحك وقال: (وما أدراك أنها رقية ؟ خذوها،واضربوا لي بسهم).(٣)

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس٤٦٠/١،لسان العرب لابن منظور ١١١/١١،المصباح المنير للفيومي٤٠.

(٢)زاد المستقنع للحجاوي ٧٤،ينظر بقية التعاريف:الخرشي على مختصر خليل ٥٩/٧،مغني المحتاج للشربيني ٥٨٢/٢ ،،أما الحنفية فلم يجيزوا إلا الجعل على رد الآبق بشروط عندهم والجمهور على خلافهم،بدائع الصنائع للكاساني٢٠٣/٦.

(٣)متفق عليه،صحيح البخاري،كتاب الطب،باب ما يعطى في الرقى بفاتحة الكتاب٢٢/٧،صحيح مسلم ،كتاب السلام،باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقران،والأذكار١٩/٧.

وأما الإجماع:فقد قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة، والآبق، وغيرهما جائزة، وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً][1] اهـ

الجعالة عقد جائز للطرفين قبل الشروع:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في صفة عقد الجعالة قبل شروع العامل فيها على قولين:

القول الأول: أن عقد الجعالة قبل الشروع، يعتبر عقداً جائزاً للطرفين، فلكل منهما ترك العقد، وفسخه، وإن لم يرض صاحبه، وهو مذهب الشافعية،[2] والحنابلة[3] والراجح عند المالكية[4]، رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ولكل منهما الفسخ قبل تمام العمل][5] اهـ، وقال الشيخ محمد الشربيني معلقاً على ذلك: [لأنه عقد جائز من الطرفين][6] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وهي عقد جائز لكل واحد منهما فسخها][7] اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [والجعل جائز، وليس بلازم، إلا أن يشرع المجعول له في العمل][8] اهـ

القول الثاني: أن عقد الجعالة قبل الشروع يعتبر عقداً لازماً للطرفين، وهو قول لبعض المالكية[9] رحمهم الله.

الأدلة:

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٢٣، مغني المحتاج للشربيني ٢/٥٨٢.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٢٩، نهاية المحتاج للرملي ٥/٤٧٦.

(٣) المقنع لابن قدامة ٢/٢٩٣، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٠٦.

(٤) التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٠٥، الذخيرة للقرافي ٦/١٧، حاشية الدسوقي ٤/٦٥.

(٥) منهاج الطالبين للنووي ٢/٥٨٦.

(٦) مغني المحتاج للشربيني ٢//٥٨٧.

(٧) المقنع لابن قدامة ٢/٢٩٣.

(٨) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١١١٥.

(٩) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/٧، الذخيرة للقرافي ٦/١٧.

دليل القول الأول:(جائز للطرفين)استدلوا بالعقل من وجهين.

الوجه الأول:أن الجعالة تعليق استحقاق بشرط،فأشبهت الوصية.

الوجه الثاني:أن العمل في الجعالة مجهول،وما كان كذلك لا يتصف باللزوم، كالقراض.[(١)]

دليل القول الثاني:(لازم للطرفين)استدلوا بالعقل فقالوا :إن الجعالة استئجار على المنفعة ، فأشبهت الإجارة،فكانت لازمة لهما بالقول،شأنها شأن الإجارة.[(٢)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بأن عقد الجعالة من العقود الجائزة للطرفين قبل الشروع في العمل؛ذلك أن الجعالة تكون على أمر مجهول لكلا العاقدين،فلو قيل باللزوم لهما فقد يلزمه مالا تتعين مصلحته له،فإن العمل المطلوب،والذي جعل الجُعل في مقابله قد يتعذر فيكون المناسب أن تشرع على الجواز،ويكون لكل منهما فسخ العقد،حتى لا يلتزم بأمر يظهر منه الضرر عليه.

لزوم عقد الجعالة في حق الجاعل بعد شروع المجعول له:

إذا تلفظ الجاعل بالجعل مقابل حصول منفعة له،ونحوها ،فسمع بذلك العامل فبدأ وشرع محاولاً أن يقوم بالعمل ليتمكن من حصول المنفعة للجاعل،فهل يكون العقد حينئذ لازماً ؟ والجواب اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول:أن عقد الجعالة بعد شروع العامل،لازم في حق الجاعل،دون المجعول له،وهو مذهب المالكية ،[(٣)] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[الجواز من الجانبين،ما لم يشرع في العمل كالقراض،فإن شرع لزم من جانب الجاعل خاصة][(٤)] اهـ

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٧/٣،نهاية المحتاج للرملي ٤٧٦/٥ ،مغني المحتاج للشربيني٥٨٧/٢.

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٧/٣،الذخيرة للقرافي١٧/٦.

(٣)التلقين للقاضي عبد الوهاب ٤٠٥/٢ ،الذخيرة للقرافي١٧/٦.

(٤)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٧/٣.

القول الثاني: أن عقد الجعالة جائز لهما حتى بعد الشروع في العمل، فإن كان الرجوع من الجاعل، فعليه أجرة المثل للمجعول له، وإن كان الرجوع من العامل فلا شيء له، وهو مذهب الشافعية، [١] والحنابلة [٢] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ولكل منهما الفسخ قبل تمام العمل] [٣] اهـ فقيد الرجوع قبل تمام العمل، فدل على أن لهما الرجوع، ولو كان بعد الشروع مادام أن العمل لم يتم.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وهي عقد جائز لكل واحد منهما فسخها، فمتى فسخها العامل لم يستحق شيئاً، وإن فسخها الجاعل بعد الشروع فعليه للعامل أجرة عمله] [٤] اهـ

الأدلة:

هذه الأقوال هي كالأقوال في الجعالة قبل الشروع، غير أن القول الراجح عند المالكية اختلف، ففي الحالة الأولى، وهي قبل الشروع الراجح عندهم الجواز من الجانبين، وبعد الشروع الراجح عندهم أنها لازمة في حق الجاعل، ولذا فالأدلة السابقة لم تختلف فلا حاجة لتكرارها.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والله أعلم بالصواب هو القول بلزوم عقد الجعالة بعد الشروع في حق الجاعل، دون المجعول له؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: أن في القول بعدم لزوم هذا العقد في حق الجاعل ضرراً بالمجعول له، فإنه إذا شرع بالعمل، وقارب على تحصيله، وتكشفت بعض الحقائق حوله، مما يسهل للجاعل الحصول على منفعته المفقودة، فإنه قد يقوم بفسخ العقد، ويترتب على ذلك الضرر على المجعول له، وما قيل من أجرة المثل فإن ذلك قد لا يكون مثل الجُعل المترتب على العمل، والنتيجة، فيكون الجاعل قد دفع الأقل، وهو أجرة المثل تخلصاً من الأكثر، وهو الجُعل.

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٥/٤٧٦، مغني المحتاج للشربيني ٢/٥٨٧.

(٢) الروض المربع للبهوتي ٢/٢٣٣، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٠٦.

(٣) منهاج الطالبين للنووي ٢/٥٨٦.

(٤) المقنع لابن قدامة ٢/٢٩٣.

ثانياً :أن المجعول له جعل له الخيار في الاستمرار، وعدمه؛لأن في تركه للعمل إسقاطاً لحقه، فلا يمنع من ذلك، كما لو تبرع به ابتداءً، أما بعد تمام العمل فإن العقد لازم للجاعل واستقر في ذمته الجعل للعامل الذي قام بذلك العمل.

ويستخلص مما تقدم أن عقد الجعالة من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في جانب أحد الطرفين، وهو الجاعل، دون الطرف الثاني، وهو العامل، فالجعالة تكون جائزة لكل منهما قبل شروع العامل فيها، وتكون لازمة في جانب الجاعل وحده، إذا شرع العامل بالعمل، وهكذا بعد تمام العمل، فلو أن العامل ترك حقه من الجُعل لم يجبر عليه، ولكان متبرعاً بعمله على هذا الوجه.

المقصد الثالث

القرض

تعريف القرض:

في اللغة :مأخوذ من قرض، يقرض، قرضاً، ومعناه القطع، وأصل القرض ما يعطيه الرجل، أو يفعله ليجازى عليه، تقول العرب:لك عندي قرض حسن، وقرض سيئ.[(١)]

و في الاصطلاح:دفع مال لمن ينتفع به، ويرد بدله.[(٢)]

مشروعية القرض:

الأصل في جواز القرض السنة، والإجماع.

أما السنة :فقد ثبت جواز القرض من قوله صلى الله عليه وسلم، وفعله.

أما قوله صلى الله عليه وسلم فحديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين، إلا كان كصدقتها مرة).[(٣)]

وأما فعله صلى الله عليه وسلم فحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: (استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم سِنّاً، فأعطى سِنّاً فوقه، وقال:خياركم محاسنكم قضاء).[(٤)]

وأما الإجماع:فقد أجمع المسلمون على جواز القرض.[(٥)]

أنواع القرض:

عقد القرض من عقود الإرفاق، وهي العقود التي لا يقصد منها الغبن كعقود البيع، والإجارة، وإنما يقصد منها أن يرفق أحد الطرفين بالآخر، فهنا في القرض يقصد المقرض أن

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٧١/٥ لسان العرب لابن منظور ٢١٦/٧، المصباح المنير للفيومي ١٩٠.

(٢)الروض المربع للبهوتي ١٩٠/٢، ينظر بقية التعاريف:حاشية رد المحتار لابن عابدين ١٦١/٥، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٥٦٥/٢، الذخيرة للقرافي٢٨٦/٥، مغني المحتاج للشربيني١٦٠/٢.

(٣)رواه ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب القرض، سنن ابن ماجة٨١٢/٢، والبيهقي، كتاب البيوع، باب ما جاء في فضل الإقراض، السنن الكبرى للبيهقي٣٥٣/٥، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٢٢٦/٥، وحسنه كذلك محققوا مسند الإمام أحمد٢٦/٧.

(٤)رواه مسلم، كتاب البيوع، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه وخيركم أحسنكم قضاء، صحيح مسلم٥٤/٥.

(٥)المغني لابن قدامة٤٢٩/٦.

يرفق بالغريم، فأعطاه المال ليرد بدله، وصفة عقد القرض من حيث اللزوم، وعدمه تبني على معرفة أنواع القرض، فقد يتفق المقرض، والمقترض على تحديد أجل القرض، فيكون القرض، محدد الأجل، وقد يطلقا القرض، فيكون غير محدد الأجل، ولكل نوع منهما حكمه من حيث لزوم القرض، وعدمه وتفصيل ذلك فيما يأتي:

النوع الأول: القرض المحدد بمدة:

المراد بتحديد المدة في القرض، أن يتفق الطرفان، وهما المقرض، والمقترض على تحديد مدة معينة للقرض، يجب رده من المقترض في تلك المدة، ومثاله أن يقرض زيد عمراً، مبلغاً مالياً على أن يقوم بوفائه بعد سنة كاملة.

النوع الثاني: القرض غير المحدد بمدة:

وفي هذا النوع يطلق الطرفان مدة القرض، وزمانه فلا يحددانه بوقت معين، مثل أن يعطي زيد لعمرٍ ألفاً، ويقول له: هذه قرض إلى اليسار، فالقرض هنا غير مؤقت بزمان بل هو مطلق، فيحتمل أن يكون اليسار قريباً، ويحتمل أن يكون بعيداً.

لزوم عقد القرض المحدد بمدة في جانب المُقْرِض:

إذا كان القرض قد اتفق الطرفان على تأجيل الوفاء به لأجل معين، فإنه يختلف العلماء رحمهم الله في لزوم ذلك الأجل بالنسبة للمُقْرِض على قولين:

القول الأول: أن الأجل في القرض يلزم، فيكون القرض مؤجلاً بين المقرض، والمقترض، فيلزم القرض في جانب المُقْرِض وحده، وهو مذهب المالكية،[1] ووجه عند الحنابلة[2]، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية،[3] والإمام ابن القيم،[4] والإمام الشوكاني،[5] والشيخ عبد الرحمن السعدي، رحمهم الله.

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [وإذا أقرضه إلى أجل، لم يكن له مطالبته قبل الأجل][6] اهـ

---

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٥٦٥، الذخيرة للقرافي ٥/٢٩٥.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٥/١٣٠، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٦.

(٣) الاختيارات الفقهية للبعلي ٢٣٠.

(٤) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٦٢.

(٥) السيل الجرار للشوكاني ٣/١٤٤.

(٦) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٠٠.

وقال الإمام أبو عمر ابن عبد البر المالكي رحمه الله:[.. إلا ما ذكر فيه الأجل فهو إلى أجله، وليس له مطالبته قبل الأجل، ولو رده إليه المقترض قبل الأجل، لزمه قبوله عرضاً كان، أو عيناً، إذا رده إليه في المكان الذي أخذه فيه منه] (١)اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي:[واختار الشيخ تقي الدين صحة تأجيله، ولزومه إلى أجله، سواء كان قرضاً، أو غيره، وذكره وجهاً قلت:وهو الصواب..] (٢)اهـ

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله:[والدين الحال يتأجل بتأجيله، سواء كان الدين قرضاً، أو غيره] (٣)اهـ

وقال الإمام شمس الدين ابن القيم رحمه الله: [وقال مالك:يتأجل بالتأجيل، فإن أطلق ولم يؤجل، ضرب له أجل مثله، وهذا هو الصحيح] (٤)اهـ

وقال الشيخ محمد الشوكاني رحمه الله:[المستقرض قبض المال على التأجيل، فلا يجب عليه قضاؤه إلا عند انقضاء الأجل... ،فإن الدخول في التأجيل يجب على من وقع من جهته الوفاء به] اهـ(٥)

وقال الشيخ عبد الرحمن السعدي رحمه الله: [والصحيح أن المقرض إذا أجل القرض أنه يلزمه الوفاء بذلك].(٦)

القول الثاني:أن الأجل في القرض لا يلزم، وإن كان يسن الوفاء بالأجل، وهو مذهب الحنفية، (٧)والشافعية، (٨)والحنابلة، (٩)رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[والأجل لا يلزم في القرض سواء

---

(١)الكافي لابن عبد البر ٧٢٧/٢.

(٢)الإنصاف للمرداوي ١٣٠/٥.

(٣)الاختيارات الفقهية للبعلي ٢٣٠.

(٤)أعلام الموقعين لابن القيم ٣٦٣/٣.

(٥)السيل الجرار للشوكاني ١٤٤/٣.

(٦)المختارات الجلية لابن سعدي ٧٩.

(٧)النتف في الفتاوى للسغدي ٤٩٣/١، بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧.

(٨)روضة الطالبين للنووي ٣٤/٤، نهاية المحتاج للرملي ٢٣١/٤، مغني المحتاج للشربيني ١٦٤/٢.

(٩)المغني لابن قدامة ٤٣١/٦، كشاف القناع للبهوتي ٣١٦/٣، وقد ذكر أن مراد الأصحاب بتحريم التأجيل، هو تحريم الإلزام بالتأجيل.

كان مشروطاً في العقد، أو متأخراً عنه][1] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ولا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يلزم بحال][2] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وإن أجل القرض لم يتأجل، وكان حالاً..][3] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (يلزم التأجيل في القرض) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب، والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود، وهذا الأمر عام، والقرض عقد من العقود، فيدخل في هذا العموم، فيجب الوفاء به.[4]

وأما السنة: فما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (المسلمون على شروطهم).[5]

ووجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم بين أن من صفات المسلمين أنهم يتقيدون بالشروط، ويلتزمون بها، والقرض المتفق على تأجيله داخل في هذا؛ لأن التأجيل نوع من الاشتراط، فيجب الالتزام به، ولا يجوز الرجوع عنه.[6]

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧.

(٢) روضة الطالبين للنووي ٣٤/٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٤٣١/٦.

(٤) المختارات الجلية لابن سعدي ٧٩.

(٥) روي هذا الحديث عن أبي هريرة، وعائشة، وعمرو بن عوف رضي الله عنهم، وقد رواه البخاري معلقاً، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، صحيح البخاري ٥٢/٣، ورواه أبو داوود، كتاب الأقضية، باب في الصلح؛ سنن أبي داوود ٣٠٤/٣، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، سنن الترمذي ٦٣٤/٣، والدارقطني، كتاب البيوع ٢٧/٣، ينظر تلخيص الحبير لابن حجر ٢٦/٣، فتح الباري لابن حجر ٤٥١/٤، وقال الشيخ الألباني رحمه الله: صحيح ، إرواء الغليل ١٤٢/٥.

(٦) السيل الجرار للشوكاني ١٤٤/٣.

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:لا يجوز الرجوع عن التأجيل في القرض من المقرض،كما لا يجوز الرجوع في الهبة،ويشهد للأصل ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (العائد في هبته كالعائد في قيئه).[(١)] فجعل رسول صلى الله عليه وسلم الذي يعود في هبته كمن يعود في قيئه، والرجوع في القيء محرم.[(٢)]

الوجه الثاني:إن الأجل قد صار حقاً للمقترض،فأشبه الأجل في السلم.[(٣)]

دليل القول الثاني:(لا يلزم التأجيل في القرض) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن الحق يثبت حالاً،والتأجيل تبرع منه،ووعد،فلا يلزم الوفاء به كما لو أعاره شيئاً.[(٤)]

الوجه الثاني:أن القرض عقد منع فيه التفاضل،فمنع فيه الأجل،كالصرف.[(٥)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،أن الأجل في القرض يلزم الوفاء به؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل،والعقل.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل في الوجه الأول فيجاب عنه:بأنه لا يسلم لهم بأن الأجل في العارية لا يلزم الوفاء به،بل العارية إذا أجلت فهي كالقرض،يلزم الوفاء بأجلها المتفق عليه.[(٦)]

ثالثاً:أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني فيجاب عنه:بأنه لا يسلم لهم قياس القرض على الصرف،فالقرض إرفاق،والصرف معاوضة،وقد ورد النص بالتقابض في الصرف،دون القرض.

---

(١)متفق عليه،صحيح البخاري،كتاب الهبة،باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته،١٤٢/٣،صحيح مسلم في كتاب الهبات،باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة،٦٤/٥.

(٢)ينظر المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٠١/٢،فتح الباري لابن حجر ٢٣٥/٥.

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٠١/٢.

(٤)المغني لابن قدامة ٤٣٢/٦.

(٥)كشاف القناع للبهوتي ٣١٦/٣.

(٦)ينظر ص ٣٦٤.

وبهذا يتضح أن القرض الذي تم تأجيله، يعتبر عقداً لازماً في حق المُقْرِض دون المقترض، فيلزم المُقْرِض بهذا الأجل إذا كان معيناً، فلا يحق له أن يطالب بسداد القرض قبل أجله، في حين أن المقترض يستطيع القيام بوفاء ما عليه، وإن كان قبل أجله ما لم يكن هناك ضرر يلحق المُقْرِض.

لزوم عقد القرض الغير محدد المدة في جانب المُقْرِض:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزوم عقد القرض، غير محدد المدة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن عقد القرض غير المؤجل، لازم في حق المُقْرِض، دون المقترض، فليس للمُقْرِض استرجاعه قبل أن ينتفع به، ومرجع ذلك إلى العادة، وهو قول المالكية في الأرجح[(١)]، رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وأما حكم القرض، فهو التمليك، وإن لم يتصرف، فلو أراد الرجوع في عينه لم يكن له ذلك؛ إلا بعد انتهاء المدة المحددة للانتفاع بالشرط، أو العادة][(٢)] اهـ

القول الثاني: أن عقد القرض غير المؤجل لازم في حق المُقْرِض، دون المقترض من حيث إرجاع عين المال، فالمقرض ليس له مطالبة المقترض بعين المال، لكن له أن يطالبه به في الحال، وهو مذهب الحنابلة،[(٣)] رحمهم الله.

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وهو عقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقترض، فلو أراد الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك.. وللمُقْرِض المطالبة ببدله في الحال..][(٤)] اهـ

القول الثالث: أن عقد القرض غير المؤجل، جائز في حق الطرفين المقرض، والمقترض، فلكل منهما فسخه، وهو مذهب الحنفية،[(٥)] والشافعية،[(٦)] وبعض المالكية،[(٧)] رحمهم الله.

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/٧٢٧، التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ٤/٥٤٨، حاشية الدسوقي ٣/٢٢٦.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٥٦٨.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/٤٣١، الإنصاف للمرداوي ٥/١٢٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٤٣١.

(٥) النتف في الفتاوى للسغدي ١/٤٩٣، بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣٩٦.

(٦) المهذب للشيرازي ١/٣١٠، مغني المحتاج للشربيني ٢/١٦٤.

(٧) حاشية الدسوقي ٣/٢٢٦.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وأما حكم القرض، فهو ثبوت الملك للمستقرض في القرض للحال، وثبوت مثله في ذمة المستقرض للمُقْرِض للحال][1] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء][2] اهـ

وقال الشيخ محمد الدسوقي المالكي رحمه الله :[قوله: "على الأرجح" أي:خلافاً لمن قال:إن القرض إذا لم يؤجل بشرط، أو عادة، كان على الحلول] اهـ [3]

الأدلة:

دليل القول الأول:(لازم في حق المُقْرِض، دون المقترض)لم ينص أصحاب هذا القول على دليلهم فيما أعلم، ولعل دليلهم هو النظر إلى حقيقة القرض، فإن المقصود به الإرفاق، ولا يتم ذلك إلا بمضي مدة يمكنه فيها الانتفاع بذلك القرض، أما إذا لم تمض مدة يمكنه أن ينتفع بالقرض فيها فإن الإرفاق لم يحصل.

دليل القول الثاني:(لازم في حق المُقْرِض في عدم رد عين ماله)استدلوا بالعقل فقالوا :إن القرض سبب يوجب رد المثل في المثليات فأوجبه حالاً، كالإتلاف.[4]

دليل القول الثالث:(عقد جائز لكل منهما) لم ينص أصحاب هذا القول على دليلهم فيما أعلم، ولعل دليلهم النظر إلى أن المُقْرِض متبرع بالإقراض، فإذا أراد الرجوع فله ذلك فالمحسن ما عليه من سبيل.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد القرض في حق المُقْرِض دون المقترض؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧.

(٢)المهذب للشيرازي ٣١٠/١.

(٣)حاشية الدوسوقي ٢٢٦/٣.

(٤)المغني لابن قدامة ٤٣١/٦.

ثانياً :أن حقيقة القرض تقتضي ذلك،فإن المُقْرِض حينما دخل في العقد،دخل و هو على علم بالغبن في ماله،وقصده الإرفاق بالمقترض،وذلك يقتضي بقاء القرض عنده مدة يستطيع الانتفاع فيها بالقرض.

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب عنه بالفرق بين المتلف والمقترض.لأن المتلف متعد في إتلافه بخلاف المقترض فإنه أخذ القرض ليستفيد منه،ولا يتم ذلك إلا بمضي مدة يمكن فيها الانتفاع بالقرض.

رابعاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث فيجاب عنه بأن التبرع لا يتم إلا بمضي مدة،ولا يكتمل تبرعه إلا بعد أن يتمكن المقترض من الانتفاع بالقرض،وذلك لا يتم إلا بعد أن تمضي مدة من الزمن،تجري العادة بانتفاع المقترض في مثلها بالقرض.

خامساً :أن من عادات ذوي المروءة عدم الرجوع في القرض قبل أن يستفيد المقترض من القرض،وهذا يتفق مع تعاليم الإسلام،وحثه على مكارم الأخلاق.

ويستخلص مما سبق أن عقد القرض سواء كان مؤجلاً،أو غير مؤجل،فإنه يعتبر من العقود اللازمة في حق المُقْرِض،دون المقترض،فالمقرض ليس له الرجوع في القرض قبل انتهاء مدة الأجل،أو مضي مدة تكون كافية في العادة،باستيفاء المقترض فيها بالقرض،وأما المقترض فله أن يعيد القرض قبل الأجل،أو قبل أن يستفيد منه،إلا أن يكون في ذلك ضرر على المُقْرِض.

وقت لزوم عقد القرض:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في الوقت الذي يكون القرض فيه عقداً لازماً للمُقْرِض على قولين:

القول الأول:أن عقد القرض يلزم بالقبض،فإذا قبض المقترض القرض من مقرضه،فإن العقد يصبح بذلك لازماً في حق المُقْرِض،دون المقترض،وهو قول أكثر الحنابلة،[1] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وقد قال أكثر الأصحاب:إن المقترض يملكه بالقبض،فظاهره أنه لا يلزم قبل القبض،وأنه يكون جائزاً،لا لازماً،وهذا هو الصحيح] [2]اهـ

---

(١)الفروع لابن مفلح ٢٠١/٤ ،الإنصاف للمرداوي ١٢٥/٥ ،كشاف القناع للبهوتي ٣١٤/٣.

(٢)تصحيح الفروع للمرداوي ٢٠١/٤.

القول الثاني:أن عقد القرض لازم بمجرد القول،ولا يتوقف ذلك على القبض،وهو قول المالكية[١]،وبعض الحنابلة[٢]،واختيار الإمام الشوكاني،[٣]رحمهم الله.

قال الشيخ محمد الدسوقي المالكي رحمه الله: [والحاصل أن القرض،وغيره من المعروف، كالهبة،والصدقة،يلزم بالقول،ويصير مالاً من أموال المعطَى ـ بالفتح ـ بمجرد القول،ويقضى به][٤]اهـ

قال العلامة شمس الدين ابن مفلح[٥]الحنبلي رحمه الله:[ويتم بقبوله،قاله جماعة ويملك] اهـ[٦]

وقال العلامة محمد الشوكاني رحمه الله:[ويملكه أيضاً قبل قبضة إذا وقع التراضي على ذلك][٧]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (يلزم القرض بالقبض)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن القرض عقد يقف التصرف فيه على القبض،فوقف الملك عليه كالهبة.[٨]

الوجه الثاني:أن المقرض أزال ملكه بعوض من غير خيار،فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع.[٩]

دليل القول الثاني:(يلزم بالقول)استدلوا بالعقل من وجهين:

---

(١)شرح الزرقاني لمختصر خليل ٢٢٩/٥،حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣.

(٢)الفروع لابن مفلح ٢٠١/٤،الإنصاف للمرداوي ١٢٥/٥.

(٣)السيل الجرار للشوكاني ١٤٤/٣.

(٤)حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣.

(٥)هو العلامة أبو عبدالله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج القاقوني المقدسي،ولد ببيت المقدس سنة٧١٢هـ،وقيل غير ذلك،برع في الفقه،والأصول،والحديث،كان آية،وغاية في نقل مذهب الإمام أحمد ،وكان ذا حظ من زهد،وتعفف،وورع،ودين متين،توفي رحمه الله بصالحية دمشق سنة٧٦٣هـ،ودفن بالقرب من موفق الدين.(الدرر الكامنة لابن حجر٣٠/٥،شذرات الذهب لابن العماد١٩٩/٦)

(٦)الفروع لابن مفلح٢٠١/٤.

(٧)السيل الجرار للشوكاني١٤٤/٣.

(٨)كشاف القناع للبهوتي ٣١٤/٣.

(٩)المغني لابن قدامة ٤٣١/٦.

الوجه الأول:أن المناط في نقل الأموال من بعض العباد إلى بعض هو التراضي فإذا حصل التراضي بالقول فقد انتقل المال.[١]

الوجه الثاني:قياس القرض على الهبة،والصدقة،فإنهما ينعقدان بالقول بجامع أن كلاً منهما من عقود الإرفاق،والمعروف.[٢]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله،هو القول بأن عقد القرض لا يلزم إلا بعد القبض؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول .

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بالوجه الأول فيقال:إن المُقْرِض بالخيار إن شاء أقبضه حتى يلزم،وإن شاء لم يقبضه،وإذا كان الشارع الحكيم جعل في عقود المعاوضات فرصة بالخيار،فلأن يكون المقرض وهو محسن للمقترض،عنده فرصة بالرجوع،لاسيما قبل القبض من باب أولى،والقرض كما يذكر الفقهاء من عقود الإرفاق[٣].

ثالثاً:أن اسم القرض مأخوذ من القطع[٤]،وهو أن المقرض يقطع جزءاً من ماله للمقترض ولا يتم انقطاع ملك المُقْرِض إلا بالتسليم.

رابعاً:أن المستقرض بنفس القبض، صار متمكناً بالتصرف في القرض،بغير إذن المقرض بيعاً،وهبة،وصدقة،وغيرها من التصرفات،فإذا تصرف نفذ تصرفه،ولا يتوقف على إذن المقرض وهذه أمارات الملك.[٥]

مما سبق يظهر أن عقد القرض في أول أمره يكون عقداً جائزاً،فإذا تم القبض انقلب إلى اللزوم في جانب أحد طرفي العقد،وهو المقرض،دون المقترض،فإن كان القرض إلى أجل فهو لازم إلى ذلك الأجل،وإلا فالمرجع إلى العادة التي ينتفع المقترض فيها من القرض.

---

(١)السيل الجرار للشوكاني ١٤٤/٣.

(٢)حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣.

(٣)المغني لابن قدامة٤٣٦/٦.

(٤)معجم مقاييس اللغة لابن فارس٧١/٥،لسان العرب لابن منظور٢١٦/٧.

(٥)بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧.

المقصد الرابع

الهبة

تعريف الهبة:

في اللغة: مأخوذة من: وهب، يهب، وهْبًا، ووهَبًا، إذا أعطى، واتهب الهبة: إذا قبلها، يقال: تواهب القوم، إذا وهب بعضهم لبعض، ومنه قوله تعالى: ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَـٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴾ [الشورى:٤٩] فإذا كثرت سمي صاحبها وهَّابا.[1]

وفي الاصطلاح: تمليك في الحياة بغير عوض.[2]

مشروعية الهبة:

الأصل في جواز الهبة، الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ [البقرة:١٧٧].

وأما السنة: فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (يا نساء المسلمات لا تحقرن جارة لجارتها، ولو فرسن[3] شاة).[4]

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الهبة، و استحبابها.[5]

أنواع الهبة:

الهبة تتنوع من حيث قصد الواهب، وإرادته أن يثاب على هبته تلك من قبل الموهوب له إلى نوعين:

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٤٧/٦، لسان العرب لابن منظور ٨٠٣/١، المصباح المنير للفيومي ٢٥٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٣٩/٨، المقنع لابن قدامة ٣٣١/٢.

(٣) الفرسن: بكسر الفاء، والسين للبعير، كالحافر للدابة، وهي له كالقدم للإنسان. المصباح المنير للفيومي ١٧٨.

(٤) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها والحث عليها ١٢٨/٣، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب الحث على الصدقة ولو بالقليل، ولا تمتنع من القليل لاحتقاره، مسلم ٩٣/٣.

(٥) مغني المحتاج للشربيني ٥٣٧/٢.

النوع الأول:هبة غير الثواب: في هذا النوع لا يكون قصد الواهب من هبته أن يثاب عليها من الموهوب له، وإنما مراده منها تقوية الأخوة الإيمانية، وحدوث الألفة والمحبة، وتوطيد العلاقة بينهما، أو غير ذلك من المقاصد التي لا يراد منها المكافأة، والرد.

النوع الثاني: هبة الثواب: في هذا النوع من الهبة يكون مراد الواهب أن يحصل على ثواب من الموهوب له، ويعرف ذلك إما بالشرط، أو بالعرف كأن يهب الفقير للغني، والسوقة للأمير، ونحو ذلك.

عقد الهبة لغير الثواب جائز يؤول إلى اللزوم:

الهبة من العقود التي فيها شبه بعقدين، أحدهما الوقف، والثاني القرض، فتشبه الوقف في كون كل من الواهب، والواقف تنازل عن ملكه، فالواهب متنازل عن ملكية الشيء الموهوب للموهوب له، والواقف متنازل عن ملكية الشيء الموقوف للموقوف عليهم، وأما شبهها بالقرض: فلأن كل منهما يعتبر من الإرفاق، والإحسان؛ ولما كانت الهبة بهذه الصورة يتنازعها عقدان، أحدهما يلزم بالقول، كما في الوقف، والآخر يلزم بالقبض، كما في القرض، وقع الخلاف بين أهل العلم رحمهم الله في حكم عقدها من حيث اللزوم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن عقد الهبة جائز، يؤول إلى اللزوم، وهو قول الشافعية في المشهور،[1] والمذهب عند الحنابلة[2] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [القسم الثاني: وهو ما كان غير لازم في الحال، ولكن قد يفضي إلى اللزوم في ثاني حال، فهو خمسة عقود] ثم ذكر منها الهبة.[3]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها، وأمضاها، وإن شاء رجع فيها، ومنعها.. وإن رجع بعد القبض، لم ينفع رجوعه؛ لأن الهبة تمت][4] اهـ

القول الثاني: أن عقد الهبة جائز، فإذا أراد الواهب الرجوع في هبته، فله ذلك حتى بعد

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٤٥٤، روضة الطالبين للنووي ٥/٣٧٥، مغني المحتاج للشربيني ٢/٥٤٢.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٧/١١، كشاف القناع للبهوتي ٤/٣٠٣.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٢٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ١/١٧٢.

(٤) المغني لابن قدامة ٨/٢٤٢.

القبض، وهو مذهب الحنفية رحمهم الله.[١]

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [قال أصحابنا: هي ثبوت ملك غير لازم في الأصل، وللواهب أن يرجع في هبته][٢] اهـ

القول الثالث: أن الهبة عقد لازم بالقول، ويلزم الواهب بالقبض، وهو مذهب المالكية،[٣] وقول للشافعية[٤] رحمهم الله، ورواية عند الحنابلة رحمهم الله في غير المكيل والموزون.[٥]

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [عقد الصدقة، والهبة، يصح، ويلزم من غير قبض][٦] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [وفي قول قديم يملك بالعقد، كالوقف][٧] اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ تلزم في غير المكيل، والموزون بمجرد الهبة][٨] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (عقد جائز يؤول إلى اللزوم) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فما روت أم المؤمنين عائشة بنت الصديق رضي الله تعالى عنها (أن أبا بكر الصديق رضي الله تعالى عنه نحلها جاد[٩] عشرين

---

(١) المبسوط للسرخسي ٤٩/١٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦٨٨/٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٢٧/٦، وقد ذكر بأن الهبة تلزم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة.

(٣) التلقين للقاضي عبد الوهاب ٥٥٠/٢، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٩/٣.

(٤) المهذب للشيرازي ٤٥٤/١، روضة الطالبين للنووي ٣٧٥/٥.

(٥) الإنصاف للمرداوي ١٢٠/٧.

(٦) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٦٠٧/٣.

(٧) روضة الطالبين للنووي ٣٧٥/٥.

(٨) الإنصاف للمرداوي ١٢٠/٧.

(٩) جاد: إما أن يكون معناه: جداد عشرين فيكون صفة للثمرة الموهوبة، فتقديره وهبها عشرين وسقاً مجدودة، وإما أن يكون المعنى أنه يجد، ويصرم من النخل مقدار عشرين وسقاً: فيكون صفة للنخل التي وهب ثمرتها، فمعناه وهبها ثمرة نخل يجد منها عشرون وسقاً، وأصل الجد مأخوذ من القطع. المنتقى للباجي ٩٤/٦، المصباح المنير للفيومي ٣٦.

وسقاً[1] من ماله بالغابة[2]، فلما مرض قال: يا بنية، ما أحد أحب إليّ غنى بعدي منك، ولا أحد أعز عليّ فقراً منك، وكنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جددتيه، و احتَزْتِيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل)[3].

ووجه الدلالة: أن أبا بكر رضي الله عنه جعل القبض دليلاً على لزوم الهبة التي وهبها، فلو كانت قبضت أم المؤمنين هذه الهبة لم تكن للورثة، بدليل قوله رضي الله عنه: (جددتيه، واحتزتيه كان لك)، لكنها لم تفعل ذلك، فحكم رضي الله عنه بعدم لزومها، وأنها لم تخرج من ماله، ولهذا أمرها أن تقتسم النصيب الموهوب مع إخوتها، فدل على أن مجرد التلفظ بالهبة لا يكفي للحكم بلزومها، بل لابد من وجود القبض، والحيازة.

أما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الهبة عقد إرفاق، يفتقر إلى القبول، فوجب أن يفتقر إلى القبض كالقرض.

الوجه الثاني: أن الهبة عقد لا يلزم الوارث إلا بالقبض، فوجب أن لا يلزم الموروث إلا بالقبض كالرهن طرداً[4] والبيع عكساً[5] [6].

دليل القول الثاني: (عقد جائز) استدلوا بالنقل، والعقل .

أما دليلهم من النقل: فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) الوَسْق: ستون صاعاً، وهو ثلاثمائة وعشرين رطلاً عند الحجاز، وأربعمائة وثمانون رطلاً عند أهل العراق، على اختلافهم في مقدار الصاع والمد. النهاية لابن الأثير ١٨٥/٥.

(٢) الغابة: موضع من عوالي المدينة، يقع شمال المدينة غربي جبل أحد، ويبعد وسط الغابة عن المسجد النبوي بنحو ١٣ كيلاً. المنتقى للباجي ٩٤/٦، وفاء الوفاء للسمهودي ١٢٧٥/٤، آثار المدينة المنورة للأنصاري ١٨٠.

(٣) رواه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب مالا يجوز من النحل، الموطأ ٧٥٢/٢، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، والبيهقي، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، سنن البيهقي الكبرى ١٧٠/٦، قال الحافظ ابن حجر: رواه الموطأ بإسناد صحيح، فتح الباري ٢١٥/٥.

(٤) الطرد: ما يوجب الحكم لوجود العلة، وهو التلازم في الثبوت. التعريفات للجرجاني ١٣٦، مذكرة أصول الفقه للشنقيطي ٢٦٢.

(٥) العكس: انتفاء الحكم لانتفاء العلة. الأحكام للآمدي ٢٠٧/٣، شرح الكوكب المنير ٦٧/٧.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٥٣٥/٧، المغني لابن قدامة ٢٤١/٨.

قال: (الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها).[(١)]

ووجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل للواهب حق الرجوع في الهبة، ولا يصح أن يكون ذلك قبل القبض، والتسليم، لأنه أطلق اسم الهبة على المال، وذلك لا يكون قبل القبض والتسليم، ولأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق وذلك إنما يكون بعد القبض.[(٢)]

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن المقصود بالهبة هو التعويض للعادة، فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته، إذ العقد يقبله.[(٣)]

دليل القول الثالث:(عقد لازم)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب والسنة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة: أن هذه الآية عامة في لزوم الوفاء بالعقود، ولم تشترط القبض، فدلت على لزوم العقود بلا قبض، فتبقى على عمومها إلا ما خص بدليل.

وأما السنة: فحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم: (العائد في هبته كالكلب يقيء، ثم يعود في قيئه).[(٤)]

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم شبه الذي يعود في هبته بالكلب الذي يقيء ثم يعود في قيئه، والقيء محرم، فلا يحل الرجوع فيه ولهذا قال الإمام قتادة بن دعامة[(5)] رحمه الله

---

(١)رواه ابن ماجة في كتاب الهبات، باب من وهب رجاء ثوابها، وفي إسناده إبراهيم بن إسماعيل وهو ضعيف، سنن ابن ماجة ٧٩٨/٢، ورواه الدارقطني في كتاب البيوع سنن الدارقطني٣/٤٤، وجاء في التعليق المغني على الدار قطني :إبراهيم بن إسماعيل ضعفوه، وجاء في نصب الراية ١٢٥/٤، له طريقان أحدهما ما تقدم، والآخر فيه إبراهيم بن أبي يحي، ضعيف سنن ابن ماجة للألباني ١٨٥.

(٢)العناية شرح الهداية للبابرتي٩/٤٠، تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٩/٤٠.

(٣)الهداية للمرغيناني٣/٢٢٧.

(٤)تقدم تخريجه ص ٣٤٣.

(٥)هو الإمام أبو الخطاب قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي البصري، ولد سنة ٥٩ هـ، ثقة، ثبت، قال عنه الإمام أحمد : أحفظ أهل البصرة لا يسمع شيئاً إلا حفظه، كانت وفاته رحمه الله بواسط في الطاعون سنة ١١٦ هـ (البداية والنهاية لابن كثير ٣١٣/٩، تقريب التهذيب لابن حجر ١٢٣/٢)

بعد الحديث:[ولا أعلم القيء إلا حراماً] اهـ[١]، بل إنه صلى الله عليه وسلم قال: (ليس لنا مثل السَّوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه)،[٢]

و المعنى لا ينبغي لنا معشر المؤمنين، أن نتصف بصفة ذميمة، يشابهنا فيها أخس الحيوانات في أخس أحوالها،[٣] فدل هذا على تحريم الرجوع في الهبة، وهذا نص عام يشمل الرجوع بعد القبض، وقبله.[٤]

كما استدلوا (بأن النبي صلى الله عليه وسلم حين أهدى إلى النجاشي،[٥] ثلاثين أوقية[٦] مسكاً، وقال لأم سلمة: إن النجاشي قد مات، وسيُردُّ عليَّ فأعطيك، فلما رد عليه أعطى كل واحدة من نسائه أوقية، ودفع باقيه إلى أم سلمة)[٧].

وجه الدلالة :أن الهبة لو كانت تلزم بالقول لما رجع النبي صلى الله عليه وسلم في هبته ولا هديته، وكيف يتصرف في هبته،[٨] وهو القائل:(العائد في هبته، كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه).[٩]

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

---

(١)فتح الباري لابن حجر ٢٣٥/٥.

(٢)رواه البخاري، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته، وصدقته، صحيح البخاري ١٤٢/٣.

(٣)فتح الباري لابن حجر ٢٣٥/٥.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٦٠٨/٣.

(٥) هو أصحمة بن أبجر، وقيل غير ذلك، ومعنى أصحمة بالعربية عطية، كان عبداً، صالحاً، لبيباً، زكياً، عادلاً، عالماً، أسلم في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يهاجر إليه، فلما مات صلى الرسول صلى الله عليه وسلم عليه، ومعه أصحابه صلاة الغائب، توفي رحمه الله بعد فتح خيبر، وقيل:بل في رجب سنة تسع من الهجرة (البداية والنهاية لابن كثير٧٧/٣، الإصابة لابن حجر ١١٧/١).

(٦)بضم الهمزة، وتشديد الياء، وهي زنة سبعة مثاقيل، وقيل:زنة أربعين درهماً، لسان العرب لابن منظور١٢/١.

(٧)رواه الإمام أحمد في المسند٤٠٤/٦، والحاكم في مستدركه، كتاب النكاح، باب حق الزوجة على زوجها، وقال صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، قال الذهبي في تلخيص المستدرك: (قلت:منكر، ومسلم الزنجي ضعيف)المستدرك على الصحيحين للحاكم١٨٨/٢، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب المسك طاهر يحل بيعه، وشراؤه، والسلف فيه، السنن الكبرى للبيهقي ٢٦/٦، والطبراني في المعجم الكبير ٣٥٢/٢٣، وضعفه الألباني في إرواء الغليل٦٢/٦.

(٨)التمهيد لابن عبد البر ٢٤٣/٧.

(٩)تقدم تخريجه ص ٣٥٣.

الوجه الأول:أنه عقد من العقود ،فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه،أصله سائر العقود.

الوجه الثاني:أن الهبة عطية،فلم يفتقر انعقادها إلى قبض،كالوصية.[١]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بأن عقد الهبة من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم بالقبض؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل،والعقل.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث أبي هريرة رضي الله عنه،فيجاب عنه:بأنه حديث ضعيف كما تقدم.[٢]

ثالثاً:أما استدلالهم بالعقل،فيقال:لا يسلم لكم ذلك،فليس المقصود بالهبة التعويض في نوعيها،بل هو مخصوص بهبة الثواب دون الهبة بقصد الأجر من الله تعالى،ولذلك قصر الحكم بالفسخ على الأولى دون الثانية،إن لم يعط الواهب عوضاً عليها.

رابعاً:أما استدلال أصحاب القول الثالث بالآية،فيقال:إن عموم الآية يشمل العقود التي هي لازمة،والهبة لم تلزم قبل القبض،بدليل ما ذكرنا،فتكون الهبة مخصصة من عموم الآية الكريمة.

خامساً:أما استدلالهم بحديث ابن عباس رضي لله عنهما فيقال:إن هذا الحديث محمول على المقبوض[٣]بدليل فعله عليه الصلاة والسلام كما في قصة إهدائه للنجاشي.[٤]

سادساً:أما استدلالهم بالعقل في الوجه الأول فيقال في جوابه:إنه قياس مع النص ولا قياس مع النص .

سابعاً:أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني فيقال إن المعنى في الوصية أنها لما لزمت الوارث؛ لزمت الموروث،والهبة قبل القبض لما لم تلزم الوارث؛لم تلزم الموروث.

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٦٠٨/٣،المنتقي للباجي ٩٤/٦.

(٢)ينظر ص ٣٥٣.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي ٥٣٦/٧،المغني لابن قدامة ٢٤١/٨.

(٤)ينظر ص ٣٥٤.

فإذا تقرر أن الراجح أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، فإن الهبة تكون بذلك عقداً جائزاً قبل القبض، فللواهب أن يرجع في هبته، فإن شاء أقبض الموهوب له، وإن شاء امتنع من تقبيضه؛ لأنه غير ملزم بعد، فإذا أقبضه فإن الهبة تكون حينئذ لازمة في حقه، دون الموهوب له.

لزوم هبة الثواب:

تقدم أن هذا النوع من الهبة يقصد منه صاحبه المعاوضة والرد،[1] وأن ذلك إما أن يعرف عن طريق الشرط، أو العرف، ولقد اختلف العلماء رحمهم الله في لزوم عقدها، سواء في حال الشرط، أو في حال العرف، وبيان خلافهم في الحالتين على النحو التالي:

الحالة الأولى: إذا كان الثواب على الهبة مشروطاً: ومن أمثلتها أن يهب رجل لرجل هبة، ويشترط عليه أن يقوم برد شيء بدلها، سواء حدد بدلاً، أو لم يحدد، وفي لزوم الهبة في هذه الحالة قولان:

القول الأول: أنها لازمة بالعقد، تأخذ حكم البيع سواء بسواء، وهو مذهب المالكية[2]، والشافعية على الصحيح[3]، والحنابلة،[4] وزفر من الحنفية[5]، رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وإذا صرح به - أي شرط الثواب -، وكان معلوماً؛ فهو بيع، وتثبت فيه أحكامه ..][6] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ولو وهب بشرط ثواب معلوم، فالأظهر صحة العقد، ويكون بيعاً على الصحيح...][7] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صح، نص عليه أحمد ..، وحكمها حكم البيع ..][8] اهـ

---

(١) ينظر ص٣٥٠.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٧٣/٣.

(٣) الوجيز للغزالي ٢٥٠/١، روضة الطالبين للنووي ٣٨٦/٥.

(٤) المغني لابن قدامة ٢٨٠/٨، الروض المربع للبهوتي ٢٤١/٢.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٢/٦، الهداية للمرغيناني ٢٢٩/٣.

(٦) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٧٣/٣.

(٧) منهاج الطالبين للنووي ٥٤٨/٢.

(٨) المغني لابن قدامة ٢٨٠/٨.

وقال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[وقال زفر، والشافعي رحمهما الله: هو بيع ابتداءً، وانتهاءً][1] اهـ

القول الثاني: أن الهبة المشترط فيها الثواب، تكون هبة ابتداءً، وبيعاً انتهاءً، وهو قول الحنفية[2] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم، إن عقده عقد هبة، وجوازه جواز بيع، وربما عبروا أنه هبة ابتداءً، بيع انتهاءً][3] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (الهبة بشرط الثواب تأخذ حكم البيع قبل القبض وبعده) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الهبة بشرط العوض هي تمليك بعوض، فصح، كما لو قال: ملكتك هذا بدرهم، فإنه لو أطلق التمليك كان هبة، وإذا ذكر العوض صار بيعاً، والعبرة في العقود بالمعاني، لا بالألفاظ.[4]

دليل القول الثاني: (الهبة بشرط الثواب تأخذ حكم البيع بعد القبض لا قبله) استدلوا بالعقل فقالوا: إنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة، ومعنى البيع، فيعطى شبه العقدين، فيعتبر فيه القبض، والحيازة، عملاً بشبه الهبة. ويثبت فيه حق الرد بالعيب، وعدم الرؤية، وحق الشفعة عملاً بشبه البيع، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.[5]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله تعالى، هو القول بأن الهبة بشرط الثواب تعتبر بيعاً سواء قبل القبض أو بعد؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من العقل.

---

(١) الهداية للمرغيناني ٢٢٩/٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٢/٦، الهداية للمرغيناني ٢٩٩/٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٢/٦.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٢/٦، الهداية للمرغيناني ٢٩٩/٣، المغني لابن قدامة ٢٨٠/٨.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٢/٦، العناية على الهداية للبابرتي ٤٩/٩.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني من دليل العقل فيجاب بأن المعتبر في العقد هو المعنى لا اللفظ،لذا يعطى حكم العقد الذي ينطبق عليه المعنى،وهو هنا البيع،فإنه يفهم من اشتراط الثواب أن يكون مبادلة مال بمال وهذه حقيقة البيع.

فإذا تقرر أن الهبة هنا تأخذ حكم البيع، فإن كان العوض معلومًا،فالعقد صحيح،ويأخذ حكم البيع الصحيح،فيثبت في هذا العقد الخيار،والشفعة،والرد بالعيب،واللزوم قبل التقابض،وإن كان العوض مجهولاً،لم تصح الهبة عند الأكثر؛لأنه عوض مجهول في معاوضة،فلم تصح كالبيع،وتأخذ حكم البيع الفاسد. (١)

الحالة الثانية:إذا كان الثواب على الهبة بالعرف:وفي هذه الحالة لا يصرح الواهب بقصده،و لا يشترط على الموهوب له الرد،والمكافأة،وإنما يجري العرف برد هذه الهبة،والمكافأة عليها،ومن أمثلتها أن يهب الفقير للغني،أو يهب أحد الرعية للسلطان،فالعادة جارية في مثل هذا أن يرد الموهوب له تلك الهبة بهبة أخرى،أو يكافئ عليها بما يراه مناسبا،وقد اختلف أهل العلم رحمهم الله هل هذا النوع من الهبة يقتضي الثواب أو لا ؟ وذلك على قولين:

القول الأول:أن هذه الهبة تقتضي الثواب،وهو مذهب الحنفية، (٢)المالكية(٣)،وقول عند الشافعية، (٤)رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله في الهبة:[و لأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة] اهـ (٥)

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[فإن كانت العادة،والعرف أن الواهب يرى أنه يريد الثواب،وأن مثله إنما يهب مثل ذلك الموهوب للعوض يناله منه،أو مكافئة،فالقول قوله،وذلك مثل هبة الفقير للسلطان،والغني] اهـ (٦)

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/٧٣،الوجيز للغزالي ١/٢٥٠،المغني لابن قدامة ٨/٢٨.

(٢)الهداية للمرغيناني٣/٢٢٧.

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/١٦١٠،الكافي لابن عبد البر ٢/١٠٠٦.

(٤)الوجيز للغزالي١/٢٥٠.

(٥)الهداية للمرغيناني٣/٢٢٧.

(٦)المعونة للقاضي عبدالوهاب٣/١٦١٠.

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[القسم الثاني:وهي المطلقة،فينظر إن وهب الأعلى للأدنى فلا ثواب،وفي عكسه قولان،أظهرهما عند الجمهور:لا ثواب، والثاني:يجب الثواب] اهـ [(١)]

القول الثاني:أن الهبة في هذه الصورة لا تقتضي الثواب،وهو مذهب الحنابلة،[(٢)] والشافعية في الأظهر،[(٣)] رحمهم الله.

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[والهبة المطلقة،لا تقتضي ثواباً،سواء كانت من الإنسان لمثله،أو دونه،أو أعلى منه] اهـ [(٤)]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[القسم الثاني:وهي المطلقة،فينظر إن وهب الأعلى للأدنى فلا ثواب،وفي عكسه قولان،أظهرهما عند الجمهور:لا ثواب] اهـ [(٥)]

الأدلة:

دليل القول الأول:(أن هذه الهبة تقتضي ثوابا)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب،والسنة،والأثر.

أما الكتاب:فقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحۡسَنَ مِنۡهَآ أَوۡ رُدُّوهَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيۡءٍ حَسِيبًا ﴾ [النساء:٨٦]

ووجه الدلالة:إن هذه الآية تشمل الهبة،والهدية،لأنها يتحيى بها،وورود الآية في السلام لا يمنع دلالتها على محل النزاع:لأن العبرة بعموم اللفظ،لا بخصوص السبب.[(٦)]

وأما السنة: فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن أعرابياً أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم بَكْرَة،فعوضه منها ست بكرات فتسخطه،فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم،فحمد الله، وأثنى عليه،ثم قال: (إن فلاناً أهدى إليّ ناقة،فعوضته منها ست

---

(١)روضة الطالبين للنووي٥/٣٨٥.

(٢)المغني لابن قدامة ٨/٢٨٠،الروض المربع للبهوتي ٢/٢٤١.

(٣)الوجيز للغزالي١/٢٥٠،روضة الطالبين للنووي ٥/٣٨٥.

(٤)المغني لابن قدامة ٨/٢٨٠.

(٥)روضة الطالبين للنووي٥/٣٨٥.

(٦)الذخيرة للقرافي ٦/٢٧٢.

بكرات، فظل ساخطاً، ولقد هممت أن لا أقبل هدية إلا من قرشي، أو أنصاري، أو ثقفي، أو دوسي).[١]

ووجه الدلالة: أن المصطفى صلى الله عليه وسلم أعطى هذا الأعرابي حتى أرضاه، ولم يشترط هذا الأعرابي الثواب، لكنها لما كانت من الأدنى للأعلى، اقتضت الثواب عرفاً، فدل على أن الهبة إذا جرى عرف بالرد عليها اقتضت الثواب.[٢]

وأما الأثر: فما روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها).[٣]

وجه الدلالة: أن أمير المؤمنين جعل للواهب في الهبة التي يراد بها الثواب حق الرجوع فيها، إذا أثيب بما لا يرضاه مع أنه لم يصرح بذلك، فدل على أن الهبة المطلقة عن الشرط تقتضي الثواب، وأن الحكم به ليس خاصاً بالمشروط.

وأما من المعقول فقالوا: إن هذه الهبة تقتضي الثواب عرفًا، والعرف كالشرط.[٤]

دليل القول الثاني: (أن هذه الهبة لا تقتضي ثواباً) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن هذه الهبة عطية على وجه التبرع، فلم تقتضي ثواباً، كهبة المثل، والوصية.[٥]

الوجه الثاني: أن مدلول لفظ الهبة انتفاء العوض، والقرينة لا تساويه، فلا يصح إعمال القرينة، وترك اللفظ، ولهذا لو اشترط العوض لم يلحق بالهبة، وإنما تنقلب بيعاً.[٦]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن هذه الهبة تقتضي الثواب؛ وذلك لما يأتي:

---

(١) رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في قبول الهدايا، سنن أبي داود ٣/ ٢٩٠، والترمذي، كتاب المناقب، باب مناقب ثقيف، وبني حنيفة، سنن الترمذي ٥/ ٧٣٠، مشكاة المصابيح للتبريزي ٢/ ٩١٠.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/ ١٦١٥، فتح الباري لابن حجر ٥/ ٢١٥.

(٣) رواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة ٢/ ٧٥٤.

(٤) الذخيرة للقرافي ٦/ ٢٧٢.

(٥) المهذب للشيرازي ١/ ٤٥٤، المغني لابن قدامة ٨/ ٢٨٠.

(٦) كشاف القناع للبهوتي ٤/ ٣٠٠.

أولا :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل السنة ،والأثر.

ثانيا :أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل في الوجه الأول،فيجاب عنه: بأن هناك فرقا بين الأصل،والفرع في القياس المذكور؛لأن الهبة للمثل لم تقتض ثوابا لا شرطا ،ولا عرفا ،بخلاف هبة الأدنى للأعلى فإنها تقتضي الثواب غالبا بالعرف فافترقا ،وأما الوصية،فإن المقصود بها ثواب الآخرة في الأصل؛فلذلك لم تقتض أعواض الدنيا ،فكانت كالصدقة،والهبة تراد لثواب الدنيا غالبا ،كالمحبة ،أو المكافأة ،فاقتضت العوض،وافترقا فلم يصح القياس.

ثالثا :أما استدلالهم بالعقل في الوجه الثاني،فلا يسلم بأن الهبة تتنافى مع العوض،بدليل قصة الأعرابي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم،[1] فلو كانت الهبة لا تقتضي عوضا لما أعطاه الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يرضى.

رابعا :أنه يمكن من أراد عدم التعويض عن هذه الهبة ألا يقبلها ،لاسيما إذا كانت ممن يعرف منه إرادته للإثابة عليها ،كالفقير يهدي للغني،ونحوه.

وإذا تقرر أن الهبة تقتضي الثواب،فإن الموهوب له بالخيار إن شاء قبلها ،وإن شاء ردها ،فإن قبلها ،ولم يثب عليها ،ولم تتغير،فإن الواهب له أن يرجع فيها ،كما أن الموهوب لا يجبر على التعويض إذا لم تتغير،فإن تغيرت الهبة لزم الموهوب قيمتها ،إلا أن يرضى الواهب بما هو أقل من تلك القيمة.[2]

---

(١)ينظر ص ٣٥٩.

(٢)الكافي لابن عبد البر٢/١٠٠٦ ،الذخيرة للقرافي ٦/ ٢٧٢.

المقصد الخامس

العارية

تعريف العارية:

في اللغة: مأخوذة من: أعار، يعير، إعارة، وعارة، وهي تدل على التداول في الشيء، يقال: تعاوروا الشيء، إذا تداولوه، وتعوَّر، واستعار، أي طلب العارية، واستعاره الشيء، واستعاره منه، إذا طلب منه أن يعيره إياه، فالعارية اسم من المصدر الإعارة، وقد قيل: إنها سميت بذلك؛ لأنها عار على صاحبها، أو أنها مأخوذة من عار الفرس، إذا ذهب من مالكه؛ لخروج العارية من يد مالكها.(١)

وفي الاصطلاح: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال.(٢)

وقد ذكر الفقهاء بأن سبب تسميتها أنها تجردت عن العوض، وبينوا أن ما ذكره أهل اللغة من أن العارية مأخوذة من العار، معترض عليه بفعله صلى الله عليه وسلم حيث استعار، ولو كان عاراً، لما فعله عليه الصلاة السلام.(٣)

مشروعية العارية:

الأصل في جواز العارية، الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾ [الماعون:٧]، فقد ذم الله تعالى الذين لا يقومون بنفع الناس عن طريق العواري، ولو لم تكن جائزة لما ذمهم الله على ذلك، فدل هذا على جواز العارية.

وأما السنة: فعن صفوان رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعاً يوم حنين..) الحديث.(٤)

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٨٤/٤، لسان العرب لابن منظور ٦١٨/٤، المصباح المنير للفيومي ١٦٦.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٤٠/٧، ينظر بقية التعاريف: حاشية رد المحتار لابن عابدين ٦٧٧/٥، المعونة للقاضي عبدالوهاب ١٢٠٨/٢، مغني المحتاج للشربيني ٣٥٦/٢.

(٣) حاشية المحتار لابن عابدين ٦٧٦/٥، مغني المحتاج للشربيني ٣٥٦/٢، كشاف القناع للبهوتي ٦٢/٤.

(٤) رواه الإمام أحمد في المسند ٤٠١/٣، أبو داود، كتاب البيوع، باب تضمين العارية، سنن أبي داود ٢٩٦/٣، والدارقطني، كتاب البيوع، سنن الدارقطني ٣٩/٣، والحاكم، كتاب البيوع، وقال: [صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه] اهـ المستدرك ٤٧/٢، والبيهقي، كتاب العارية، باب العارية مضمونة، وقال: [

وأما الإجماع:فقد أجمع المسلمون على جواز العارية،واستحبابها.[1]

أحوال العارية:

الإعارة من الأمور التي ندب إلى فعلها، إذ هي من البر والتقوى، والتعاون على ذلك مأمور به كما قال تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾ [المائدة:٢]، وقد ذم المولى سبحانه الذي يمنعون المعروف عن الناس فقال تعالى: ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾ [الماعون:٧]، فلم يحسنوا إلى الخلق بإعارة ما ينتفع به، مع بقاء عينه، ورجوعه إليهم، والماعون هو ما يتعاوره الناس بينهم، من متاع البيت، كالقدر، والفأس، قاله ابن مسعود، وابن عباس رضي الله عنهما.[2]

والعارية لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى:أن تكون مطلقة غير مقيدة بوقت، كأن يعيره دارا، أو سيارة، أو أداة من أدوات المنزل، ونحوها، دون أن يقيد ذلك بوقت، فهي عارية مطلقة.

الحالة الثانية:أن تكون مقيدة بوقت محدد، كأن يعيره شيئا لمدة أسبوع واحد، فتكون هذه العارية إلى ذلك الأجل.

وقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على جواز هذين النوعين من العارية، ومشروعيتهما.[3] إلا أنهم اختلفوا في صفة العقد فيهما، هل هو لازم، أو غير لازم؟ وذلك على النحو التالي:

لزوم عقد العارية المحددة المدة في جانب المعير:

وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلا فإنه يقوى بشواهده، مع ما تقدم من الموصول] اهـ السنن الكبرى للبيهقي٦/٨٩، تلخيص الحبير لابن حجر٣/٦٠ وفيه:[وأعل ابن حزم، وابن القطان طرق هذا الحديث، زاد ابن حزم:إن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية - يعني الذي رواه أبو داود -]، وصححه الشيخ الألباني وقال:[وبالجملة فالحديث صحيح بمجموع هذه الطرق الثلاث] إرواء الغليل للألباني٥/٣٤٤.

(١)المغني لابن قدامة٧/٣٤٠.

(٢)تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٨/٥١٧ .

(٣)النتف في الفتاوى للسغدي٢/٥٨٢، بلغة السالك للصاوي٢/٢٠٨، منهاج الطالبين للنووي٢/٣٦٨، المغني لابن قدامة ٧/٣٤٩.

إذا كانت العارية مؤقتة فإن أهل العلم رحمهم الله متفقون على أنها ليست بلازمة في حق المستعير، وأن من حقه أن يردها قبل الأجل، كما أنه ملزم بالمدة المحددة، لا يجوز له إبقاؤها فوق تلك المدة، وإنما اختلفوا في لزومها في حق المعير على قولين:

القول الأول: أن العارية تكون لازمة في حق المعير، بحيث إن المعير لا يحق له الرجوع فيها، قبل انتهاء المدة المحددة، وهو مذهب المالكية[١]، ورواية عند الحنابلة[٢]، واختيار الإمام ابن القيم، [٣] والشيخ عبد الرحمن بن سعدي[٤] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [ومتى كانت إلى أجل معلوم، أو كان لها قدر معلوم، كعارية الدابة إلى موضع كذا ..، فهي له لازمة، كهبة الرقاب] [٥] اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ إن عين مدة تعينت] [٦] اهـ

وقال الإمام شمس الدين ابن القيم رحمه الله: [وقال مالك: يتأجل بالتأجيل، فإن أطلق، ولم يؤجل، ضرب له أجل مثله، وهذا هو الصحيح] [٧] اهـ

وقال الشيخ عبد الرحمن بن سعدي رحمه الله: [الصحيح أن العارية المؤجلة تلزم إلى ذلك الأجل ..] [٨] اهـ

القول الثاني: أن العارية ليست لازمة، بل هي جائزة في حق كل من المعير، والمستعير، فللمعير أن يرجع في عاريته في أي وقت شاء، وهو مذهب الحنفية[٩]، والشافعية[١٠]، والحنابلة، [١١] رحمهم الله.

---

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٣٤، بلغة السالك للصاوي ٢/٢٠٨.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٦/١٠٤.

(٣) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٦٣.

(٤) المختارات الجلية لابن سعدي ٩١.

(٥) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٣٤، الذخيرة للقرافي ٦/٢٢١.

(٦) الإنصاف للمرداوي ٦/١٠٤.

(٧) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٦٣.

(٨) المختارات الجلية لابن سعدي ٩١.

(٩) النتف في الفتاوى للسغدي ٢/٥٨٢، الهداية للمرغيناني ٣/٢٢٠.

(١٠) المهذب للشيرازي ١/٣٧٠، روضة الطالبين للنووي ٤/٤٣٦.

(١١) المقنع لابن قدامة ٢/٢٢٥، كشاف القناع للبهوتي ٤/٦٥.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[الملك للمستعير ملك غير لازم؛لأنه ملك لا يقابله عوض،فلا يكون لازما،كالملك الثابت بالهبة،فكان للمعير أن يرجع في العارية،سواء أطلق العارية،أو وقت لها وقتا][1]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[ثم إن العارية بعد القبض تامة،غير لازمة؛لأنها عقد ارتفاق،ومعونة،وسواء قدرها بمدة،أم لا][2]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وتجوز العارية مطلقة ومؤقتة؛لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام، وللمعير الرجوع في العارية أي وقت شاء،سواء كانت مطلقة،أو مؤقتة][3]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(العارية المؤقتة لازمة للمعير)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما النقل فمن الكتاب،والسنة.

أما الكتاب:فقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١].

وجه الدلالة:أن الله أمر بالوفاء بالعقود،والأمر للوجوب،والعارية المؤقتة من هذه العقود المأمور بالوفاء بها،فدخلت في عموم الآية الكريمة؛فكانت لازمة.

وأما السنة فحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (المسلمون على شروطهم).[4]

وجه الدلالة: أن هذا العقد تم اشتراط الأجل فيه، فلزم الوفاء به إذ من صفات أهل الإيمان الوفاء بشروطهم.

وأما العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:أن المعير قد ملكه المنفعة في مدة، وصارت العين في يده بعقد مباح،فلم

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ٢١٦/٦.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي ١١٨/٧.

(٣)المغني لابن قدامة ٣٤٩/٧.

(٤)تقدم تخريجه ص ٣٤٢.

يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك، كالمستأجر، والعبد الموصى بخدمته.(١)

الوجه الثاني: أن المدة قد صارت حقا للمستعير، فلم يكن للمعير الرجوع فيها، كما أنه ليس له الرجوع في الهبة.(٢)

دليل القول الثاني: (العارية المؤقتة غير لازمة للمعير) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده، فلم يملكها بالإعارة، كما لو لم تحصل العين في يده.(٣)

الوجه الثاني: أن لزوم عقد الإعارة يخرجها عن حكم العارية إلى حكم الإجارة، ولو جاز أن يختلف حكمها بتقدير المدة في حق المعير، لاختلف في حق المستعير.(٤)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم العارية المؤقتة، في حق المعير؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل، فيجاب عنه من وجهين:

الأول: أن هذا قياس، ولا قياس مع النص.

الثاني: أن حكم الإعارة اختلف هنا بتقدير المدة في حق المعير؛ لأنه أقر باشتراط المدة، فلزمه أن يفي بها.

لزوم عقد العارية الغير محددة المدة في جانب المعير:

إذا كانت العارية مطلقة، فإنه لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أنها عقد جائز في حق المستعير، كما نقل ذلك الإمام الموفق ابن قدامة حيث يقول: [ويجوز للمستعير الرد متى شاء؛ بغير خلاف نعلمه](٥) اهـ

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٥٠.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٢١٠.

(٣) المغني لابن قدامة ٧/٣٠٥.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٧/١١٨.

(٥) المغني لابن قدامة ٧/٣٥٠.

أما في حق المعير فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزوم العقد في جانبه على قولين:

القول الأول:أن العارية تلزم المعير،فلا يحق له الرجوع،إلا بعد أن ينتفع المستعير بها،الانتفاع المعتاد، وهو مذهب المالكية في المشهور،[(١)] ورواية عند الحنابلة،[(٢)] رحمهم الله.

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[وأما العارية المطلقة،فليس له الرجوع فيها،إلا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها][(٣)] اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ لا يملك الرجوع قبل الانتفاع بها،مع الإطلاق][(٤)] اهـ

القول الثاني:أن العارية جائزة في حق المعير،فله أن يرجع فيها،وهو مذهب الحنفية[(٥)]،والشافعية[(٦)]،والحنابلة،[(٧)] وقول عند المالكية.[(٨)]

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[أن الملك للمستعير ملك غير لازم؛لأنه ملك لا يقابله عوض؛فلا يكون لازماً،كالملك الثابت بالهبة،فكان للمعير أن يرجع في العارية،سواء أطلق العارية أو وقّت لها وقتاً][(٩)] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[ثم العارية بعد القبض تامة،وغير لازمة،لأنها عقد ارتفاق،ومعونة،وسواء قدرها بمدة،أم لا][(١٠)] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وللمعير الرجوع في العارية أيَّ وقت

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢١٠/٢،بداية المجتهد لابن رشد ٣٢٢/٥،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٧٣٤/٢.

(٢)الإنصاف للمرداوي ١٠٤/٦.

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٢١٠/٢.

(٤)الإنصاف للمرداوي ١٠٤/٦.

(٥)النتف في الفتاوى للسغدي ٥٨٢/٢،بدائع الصنائع للكاساني ٢١٦/٦.

(٦)المهذب للشيرازي ٣٧٠/١،الحاوي الكبير للماوردي ١١٨/٧.

(٧)المغني لابن قدامة ٣٥٠/٧،المقنع لابن قدامة ٢٢٥/٢،كشاف القناع للبهوتي ٦٥/٤.

(٨)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٧٣٥/٢،حاشية الدسوقي ٤٣٩/٣.

(٩)بدائع الصنائع للكاساني ٢١٦/٦.

(١٠)الحاوي الكبير للماوردي ١١٨/٧.

شاء، سواء كانت مطلقة، أو مؤقتة..][1] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وقال أشهب[2]: المعير بالخيار في تسليم ذلك، أو إمساكه، ثم إن سلمه كان له أن يسترده، وإن قَرُب][3] اهـ

والقائلون بهذا القول اختلفوا، فيما إذا ترتب على رجوع المعير ضرر على المستعير، هل عليه شيء أو لا، وذلك كما في حال البناء والغراس، فقال الإمام زفر رحمه الله: (لاشيء عليه) وهو احتمال ذكره الإمام الموفق ابن قدامة، وقال جمهورهم: له أن يخرجه إذا ضمن له قيمة البناء، والغرس.[4]

الأدلة:

دليل القول الأول: (العارية لازمة في حق المعير قدر العادة) استدلوا بالعقل فقالوا:

العارية هبة المنافع، ولو جاز له الرجوع قبل أن ينتفع المستعير بها الانتفاع المعتاد، لكان رجوعاً في العارية، وقد جعل على نفسه إباحة المنفعة، وقد ملك ذلك المستعير، فلم يكن للمعير إبطاله عليه.[5]

دليل القول الثاني: (العارية جائزة في حق المعير) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: العارية عقد إرفاق، ومعونة، فهي لا يقابلها عوض، فلا تكون لازمة؛ لأن الملك فيها غير مقابل بعوض، فلا يكون العقد لازماً، كالهبة.[6]

الوجه الثاني: أن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده، فلم يملكها بالإعارة، كما لو لم تحصل العين في يده.[7]

الترجيح:

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/ ٣٥٠.

(٢) هو الإمام أبو عمر مسكين بن عبد العزيز القيسي العامري، يلقب بأشهب، ولد سنة ١٤٠ هـ، وقيل: سنة ١٥٠، قال الشافعي رحمه الله: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب، توفي رحمه الله سنة ٢٠٤هـ (ترتيب المدارك للقاضي عياض ٢/ ١٨٤، الديباج المذهب لابن فرحون ١/ ٩٨)

(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/ ٧٣٤.

(٤) النتف في الفتاوى للسغدي ٢/ ٥٨٢، المهذب للشيرازي ١/ ٣٧١، المغني لابن قدامة ٧/ ٣٥١، ٣٥٤.

(٥) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/ ١٢١٠.

(٦) المهذب للشيرازي ١/ ٣٧٠، بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ٢١٦.

(٧) المغني لابن قدامة ٧/ ٣٥٠.

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم عقد العارية غير مؤقتة، في حق المعير، بحيث يلزمه أن يبقي العارية في يد المستعير، مدة زمنية ينتفع بها الانتفاع المعتاد؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل العقل.

ثانيا: أما استدلال أصحاب القول الثاني بقياسها على الهبة، فيجاب عنه بأنه لا يسلم بأن الهبة غير لازمة، وكون العارية إرفاقا، ومعونة لا يقتضي ذلك الرجوع فيها قبل الانتفاع المعتاد، وإلا فإنه لم يحصل منه رفق، ومعونة، وقد التزم بهما بموجب العقد.

ثالثا: أما استدلالهم بقياس مسألتنا على مسألة عدم حصول العين فيجاب بأنه قياس مع الفارق؛ لأن مسألتنا مكن فيها المعير المستعير مع سبق الإذن، والرضى فلزمه ما التزم به بخلاف ما إذا لم يحصل شيء من ذلك حيث لا التزام أصلا.

وبهذا يتضح أن عقد العارية من العقود التي تلزم أحد الطرفين، دون الآخر، فهي لازمة في حق المعير، دون المستعير، سواء كانت العارية مؤقتة، أو كانت مطلقة.

إذا تقرر ذلك فإنه يرد السؤال متى يكون عقد العارية لازما للمعير بمجرد العقد، أو بالقبض ؟

وقت لزوم العارية في حق المعير:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في الوقت الذي تلزم فيه العارية في حق المعير على قولين:

القول الأول: أن عقد العارية، عقد لازم في حق المعير إذا قام بتسليم العارية للمستعير، فإذا تم القبض، فإن العقد يصبح بذلك لازما، وهو قول عند الحنابلة[1] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله: [قال القاضي: القبض شرط في لزومها][2] اهـ

القول الثاني: أن عقد العارية يلزم المعير بالقول، فإذا صدر القول من المعير بالإعارة، وقبلها المستعير، فقد لزمت، وهو مذهب المالكية[3]، رحمهم الله.

---

(١) الإنصاف للمرداوي ٦/١٠٤.

(٢) المصدر السابق .

(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٣٤.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [فإن لم يضرب أجلا، ولا كان لها مدة انقضاء، فهي لازمة أيضا بالقول، والقبول، وليس له الرجوع فيها] [١] اهـ

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بلزوم العارية بالقبض، وأما قبله فليست بلازمة؛ وذلك لما يأتي:

أولا: تشابه العارية، والقرض، وقد سبق أن القرض لا يلزم إلا بالقبض لعدة أوجه سبق ذكرها، [٢] ووجه الشبه بينهما كون العارية، والقرض من عقود الإرفاق، والإعانة.

ثانيا: عدم وجود الضرر في الرجوع قبل الإقباض، أما بعد قبضها، وقبل الانتفاع بها، فإن احتمال الضرر هنا آكد، ولذا قلنا بلزومها بعد القبض، لا قبله.

ثالثا: ما ذكره أهل العلم رحمهم الله، من أن المستعير له أن يرهن العارية، إذا استعارها للرهن [٣]، مما يدل على ملكه للمنافع ولا يمكن ذلك إلا بالقبض.

بهذا يتبين أن عقد العارية يعتبر من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم بالقبض، وأن هذا اللزوم متعلق بطرف واحد وهو المعير، وأما المستعير فإن العارية في حقه جائزة حالا، ومآلا سواء قبل القبض، أو بعده والله أعلم.

---

(١) المصدر السابق ٧٣٤/٢.

(٢) ينظر ص ٣٤٨.

(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٨٠/٢، بدائع الصنائع للكاساني ١٣٥/٦.